

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DES EFFETS
DU
JUGEMENT DE DIVORCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

GASTON ALLAIN

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1896

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DES EFFETS
DU
JUGEMENT DE DIVORCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le mercredi 25 mars 1896, à 3 heures

PAR

GASTON ALLAIN

AVOCAT A LA COUR D'APPEL



Président : M. GÉRARDIN.

Suffragants { MM. HENRY MICHEL } *professeurs.*
ESTOUBLON }

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1896



Digitized by the Internet Archive
in 2026

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

A MA MÈRE

A M. RENÉ GOBLET

BIBLIOGRAPHIE

- Baudry-Lacantinerie.** — *Précis de droit civil.*
- Carpentier.** — *Traité théorique et pratique du divorce.*
- Coste.** — *Point de départ des effets du jugement de divorce.* Thèse.
- Coulon.** — *Le divorce et la séparation de corps.*
- Demangeat sur Mourlon.** — *Repétitions écrites sur le Code civil.*
- Demante et Colmet de Santerre.** — *Cours analytique du Code civil.*
- Fenet.** — *Recueil des travaux préparatoires du Code.*
- Garsonnet.** — *Traité de procédure.*
- Goirand.** — *Traité du divorce.*
- Hitier.** — *Développement de la jurisprudence en matières de divorce.*
- Huc.** — *Commentaire théorique et pratique du Code civil.*
- Labbé.** — *Notes dans le Sirey.*
- Laurent.** — *Droit civil.*
- Massigli.** — *Revue critique de jurisprudence et de législation.*
- Paul Pic.** — *Jurisprudence du divorce.*
- Soulié.** — *Revue critique de jurisprudence et de législation.*
- Tissier.** — *Notes dans le Sirey.*
- Troplong.** — *Du contrat de mariage.*
- Wraye et Gode.** — *Du divorce et de la séparation de biens.*
-

DES EFFETS DU JUGEMENT DE DIVORCE

PRÉAMBULE

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES SUR LE DIVORCE

Des lois votées dans ces dernières années une de celles qui ont soulevé les polémiques les plus ardentes est assurément la loi du 27 juillet 1884 remaniée en 1886 rétablissant le divorce en France sur l'initiative de M. Naquet.

Attaquée par les uns avec une ténacité extrême, défendue par les autres avec une non moindre ardeur, cette loi sanctionnait-elle donc une idée neuve susceptible par sa nouveauté même de justifier une lutte aussi vive ?

Il n'en est rien et, sans remonter aussi loin que Voltaire qui disait plaisamment que le divorce avait été contemporain du mariage, nous trouvons dans la Bible même la preuve de l'existence du divorce chez le peuple Hébreu, dont la législation non seulement permettait au mari de rompre le lien matrimonial et de renvoyer sa

femme pour *quelque défaut honteux* mais interdisait au mari de reprendre ensuite la vie commune.

Pour bien affirmer la répudiation un écrit était dressé par un scribe dans la formule suivante qui nous a été conservée :

« En telle année, en tel mois, en telle semaine de la création du monde selon la manière de compter en cette ville située sur le fleuve de (*ou autre indication locale*), moi, dis-je, qui demeure en tel lieu, auprès de tel fleuve (*ou autre indication locale*), je me suis déterminé de mon plein gré et sans y être contraint par personne à répudier et j'ai en effet répudié, renvoyé et mis hors de ma maison, vous....., ma femme, du pays de....., fille de....., qui demeure en tel pays ; vous qui ci-devant avez été ma femme, mais que maintenant je répudie, je renvoie et je mets hors de ma maison, consentant que vous emportiez tout ce qui est à vous et que vous épousiez tel autre que vous voudrez et avec une liberté si entière qu'à dater de ce jour vous puissiez tant que vous vivrez ne pas vous interdire, à cause de moi, de vous engager dans un autre mariage. Pour que vous puissiez disposer de vous sans aucun empêchement de ma part, je vous délivre cet acte de séparation qui constate que je vous renvoie et que je ne vous regarde plus comme ma femme m'étant conformé, pour arriver à cette fin, à tout ce qui est prescrit par la loi de Moïse et d'Israël ».

Chez les Mèdes et chez les Perses le divorce est admis également. Le *livre d'Esther* nous le prouve en nous montrant Assuerus chassant de son lit et de son palais l'altière et impérieuse Valthi.

Mais chose remarquable chez ces peuples de l'Orient

le mari seul a le droit de renvoyer sa femme ; elle, au contraire, ne peut répudier son mari. Les idées anciennes de ces peuples conduisant à l'asservissement absolu de la femme ne pouvaient admettre qu'il en fût autrement et autoriser la femme à rompre le lien qui l'unissait à son seigneur et maître tout indigne qu'il pût être.

En Grèce, au contraire, la femme a le droit de répudiation aussi bien que le mari et la dissolution du mariage, au lieu de tenir au bon vouloir et à la fantaisie des époux ou de l'un d'eux, était soumise aux archontes qui jugeaient et prononçaient en connaissance de cause les griefs entendus et les motifs allégués justifiés par les parties.

A Rome enfin ce fut un principe toujours admis que le mariage qui se contractait en toute liberté pouvait se dissoudre de même et d'après Cicéron le divorce aurait été prévu et autorisé dans la loi des XII Tables. La véritable base du mariage, disaient les Romains, est l'affection et la confiance que les époux éprouvent l'un pour l'autre ; aucune loi ne peut réglementer ces sentiments, aucune loi ne saurait donc non plus imposer le maintien d'une union devenue intolérable. Cependant, si on en croit Valère Maxime et Aulu-Gelle, le divorce resta à l'état de droit abstrait pendant longtemps et Rome avait cinq siècles d'existence, dit M. Accarias, quand on vit le premier divorce. Encore s'agissait-il beaucoup plus de fidélité à un serment que de divorce spontané. Un certain Spurius Cornilius Rouga qui avait juré aux censeurs d'avoir une postérité répudia sa femme stérile !

Mais quand vint l'heure de la décadence de la République les mœurs s'énervèrent et l'austérité des âges antiques disparut. Le divorce devint alors un procédé

commode au service des ambitieux ou des gens avides de fortune ou de gloire. Sénèque nous dit (*De benef.*, III) que les femmes comptaient le nombre de leurs années par le nombre des maris dont elles avaient partagé la couche et Juvénal (satire VI) fulmine contre les épouses qui en 5 années passent dans les bras de 7 ou 8 maris. On répudie sa femme pour les motifs les plus futiles ; tel ou tel homme politique divorce pour s'unir à la parente de tel ou tel puissant du jour à la fortune duquel il croit sage de s'attacher. Pompée, par exemple, qui avait répudié sa femme pour épouser la veuve de Glabrio, bien qu'elle fût enceinte, parce qu'elle était la petite-fille de Sylla, divorce à nouveau après la chute de ce dictateur, pour s'unir à la sœur de César qu'il répudiera ensuite pour épouser une fille de la famille des Scipions, quand il deviendra le compétiteur de César.

Au reste Octave, Antoine font de même et on considère comme si rare le fait d'une femme qui n'a contracté qu'une seule union qu'on l'inscrit sur sa tombe, dernière demeure d'une *conjugis piæ, inclytæ, univiræ*.

La religion chrétienne vint amener un mouvement de réaction contre cet état de choses, en apportant avec elle l'idée de l'indissolubilité du mariage, mais sans supprimer le divorce dont Justinien proclame l'existence dans la novelle 22, chapitre 3 en disant que tout lien de formation humaine peut être dissous (1).

(1) Il y a plus ; le principe de l'indissolubilité du mariage a été controversé dans l'Eglise même : saint Epiphane et saint Ambroise ont cru que le divorce pouvait avoir lieu pour cause d'adultère ; saint Augustin est le premier qui ait fait adopter l'indissolubilité absolue ; et néanmoins l'Eglise grecque a conservé le principe de saint Ambroise et de saint Epiphane. Dans les articles proposés au XIII^e siècle, pour la réunion de l'Eglise grecque avec l'Eglise romaine, on ne parla point du divorce, dans la

Importé en Gaule par les Romains lors des conquêtes de César et par les peuples Germains chez lesquels il y eut des ruptures fréquentes, bien que Tacite ne nous en signale pas l'existence, le divorce subsista chez nous sous les rois de la première et de la seconde race.

Mais l'Église a grandi peu à peu ; elle est toute puissante à l'époque de Charlemagne déjà, et à l'avènement de Hugues Capet. Elle proscriit le divorce et les têtes couronnées s'inclinent devant cette défense. Philippe Auguste qui avait cru pouvoir répudier Ingeburge de Danemark et résister à l'Église est obligé de céder et de répudier Agnès de Méranie qui mourut peu après.

La Cour de Rome autorisera quelquefois des souve-

crainte de mettre obstacle. Depuis, le concile de Trente donna un semblable exemple de condescendance : il avait d'abord préparé un décret pour anathématiser l'opinion contraire à l'indissolubilité absolue du mariage ; les ambassadeurs de Venise représentèrent que le décret blesserait les Grecs, habitant les îles soumises ; le concile changea son décret, et se borna à prononcer anathème contre ceux qui prétendraient que l'Église se trompe, lorsqu'elle déclare le mariage indissoluble. Les premiers Pères se contentaient d'exhorter l'épouse répudiée à ne pas se remarier ; cependant ils permettaient aux époux de dissoudre leur mariage pour embrasser la vie religieuse ; ce qui prouve qu'ils ne regardaient pas comme absolu le principe de l'indissolubilité.

Le divorce a été admis en France par les rois de la première race : il l'a été successivement dans tous les pays policés. Il n'a été proscriit que lorsque le ministre du sacrement est devenu aussi le ministre de la puissance civile : car il eût été absurde de le forcer à agir contre sa croyance.

Aujourd'hui il n'y a plus de confusion : le contrat civil est séparé du sacrement. L'Église a toujours reconnu cette distinction ; et elle croit tellement que le mariage subsiste et est valable sans que le sacrement soit intervenu qu'elle reconnaît les mariages des hérétiques, et elle ne les oblige pas à les réhabiliter lorsqu'ils se convertissent à la foi.

Le contrat de mariage, les causes qui le forment, les causes qui le dissolvent, sont donc exclusivement du domaine de la loi civile : ainsi le législateur peut autoriser le divorce, disait à ce sujet M. Portalis lors de la discussion au Conseil d'Etat. (Procès-verbal de la séance du 14 vendémiaire an X-6 octobre 1801).

Fenet, *Travaux préparatoires du Code*, t. 9, p. 240.

rains à répudier leurs épouses, mais on invoquera des nullités plus ou moins réelles. Ce fut au prix d'une fiction de ce genre que fut prononcé le divorce d'entre Henri IV et Marguerite de Valois.

Malgré ces quelques rares exceptions, le divorce, pros crit par la religion catholique, ne fut pas admis par notre ancien droit. Mais si la religion pouvait interdire la dissolution des mauvais ménages, elle était impuis sante à les rendre meilleurs et il fallait bien donner aux époux un remède à leur désunion si on ne voulait perpétuer une situation impossible. On prit un moyen terme et on autorisa la pratique de la séparation de corps que ne rejetait pas le dogme religieux et qui, sans rompre le lien matrimonial, le détendait seulement.

Avec la Révolution les théories devaient changer et la loi du 20 septembre 1790, prenant le contre-pied des idées de l'ancien droit, rejeta la séparation de corps et proclama le divorce seul moyen de répudiation. « Il fallait, disait le législateur révolutionnaire, accorder la plus grande latitude à la faculté du divorce à cause de la nature du contrat du mariage qui a pour base princi pale le consentement des époux et parce que la liberté individuelle ne peut jamais être aliénée d'une manière indissoluble par aucune convention ». S'inspirant de ces principes la loi du 20 septembre 1790 multipliait les cas de divorce. Aliénation mentale, condamnation à une peine afflictive et infamante, sévices, excès et in jures graves, absence pendant 5 ans, consentement mu tuel et même incompatibilité d'humeur furent autant de causes de dissolution du mariage.

Comme toutes les lois de réaction celle-ci dépassait la mesure et péchait par son exagération. En supprimant

la séparation de corps elle molestait les consciences catholiques que leur religion empêchait de recourir au divorce. Aussi dès 1795 le député Bonguyot en demandait la revision, mais sans succès. Le conseil des Anciens ne voulut pas non plus admettre une revision quelques années plus tard et la loi de 1790 tomba dans le discrédit.

Le Code civil reprit cette législation le 20 mars 1803, M. Portalis défendit le projet devant le conseil d'État.

« Le véritable motif qui oblige les lois civiles d'admettre le divorce, c'est la liberté des cultes. Il est des cultes qui autorisent le divorce ; il en est qui le prohibent : la loi doit donc le permettre, afin que ceux dont la croyance l'autorise puissent en user. Ainsi le système du divorce doit être conservé » [Ferret, *Travaux préparatoires du code*, tome 9, page 251].

On réduisait le nombre des cas de divorce à l'adultère, encore fallait-il que celui du mari fût accompagné de l'entretien de la concubine au domicile conjugal ; aux excès, sévices et injures graves et à la condamnation définitive à une peine afflictive et infamante. Le Code civil admettait le divorce par consentement mutuel qui n'était introduit que pour les cas spéciaux où le demandeur ne pouvait pour une raison quelconque, morale ou pudeur, déclarer publiquement pourquoi il voulait divorcer. Ce mode de divorce était d'ailleurs soumis à diverses conditions, à des délais immuables, à des sacrifices comme l'abandon de plein droit par chacun des époux de la moitié de leurs biens en propriété. L'accomplissement de toutes ces épreuves prouvait que la vie commune était devenue vraiment impossible.

Avec la Restauration nouvelle réaction politique et re-

ligieuse et loi du 8 mai 1816 abolissant le divorce. Cette loi votée à la hâte malgré les efforts d'une éloquente minorité et inspirée uniquement par l'esprit de parti, en déclarant que dorénavant la séparation de corps serait le seul remède aux unions malheureuses ne prenait même pas la peine de réglementer la procédure de cette séparation de corps à laquelle la jurisprudence appliquait nombre des articles du divorce ; de sorte que jusqu'au vote de la loi de 1884 c'est *une institution détruite*, comme le disait M. Léon Renault, rapporteur de la loi à la Chambre des députés, *qui a continué à fournir des règles pour l'application d'une disposition devenue non seulement principale mais unique*.

En 1830 la suppression de la religion d'État vint donner quelque espoir aux partisans du divorce. En 1831, 1832, 1833 et 1834 M. Baveux fit tous ses efforts pour obtenir la revision de la loi de 1816 mais en vain, et un projet en ce sens déposé en 1848 n'eut même pas les honneurs de la discussion.

Enfin la loi du 27 juillet 1884, modifiée sur divers points par celle de 1886, est venue rétablir le divorce.

La question n'était pas neuve. Tour à tour admis, puis rejeté, le divorce a donc connu bien des vicissitudes et il semblerait que tout a été dit sur ce point. Malgré cela, non seulement le vote de la loi de 1884 a donné lieu à des discussions passionnées, mais aujourd'hui même encore les adversaires n'ont pas désarmé.

La religion catholique, disent-ils, est la religion de la grande majorité des Français, Or le divorce fait violence aux époux catholiques ; le rétablir c'est faire la guerre aux consciences.

Il est facile de répondre à cette objection qu'en admet-

tant, ce qui est vrai, que la religion catholique soit la religion de la majorité des Français il ne faut pas interdire le divorce aux époux qui peuvent y recourir, leur religion admettant ce mode de dissolution du mariage. Agir autrement serait une trop évidente oppression des minorités par une majorité intolérante.

Dans l'application où les deux époux sont d'une religion permettant le divorce, ils y auront recours ; où au contraire ils appartiennent à une chapelle rejetant ce mode de trancher l'union matrimoniale, ils demanderont à la séparation de corps un remède à leur désunion. Reste le cas d'un époux catholique contre lequel le divorce sera prononcé sur la demande de son conjoint. Qu'il l'empêchera de tenir le divorce comme non avenu en ce qui le concerne, de considérer le lien matrimonial comme toujours existant et d'y conformer sa conduite, en un mot d'agir comme en cas de séparation de corps.

Au reste le divorce laisse intact le lien religieux et ne brise que le lien civil. Ce qui est indissoluble au point de vue catholique, disait M. Naquet à la Chambre des députés le 8 février 1881, ce n'est pas le mariage civil ; les catholiques ne le reconnaissent pas, ils ne le considèrent que comme une formalité qu'ils subissent, mais contre laquelle ils protestent sans cesse. N'ai-je pas, dès lors, le droit de leur demander en quoi ils pourront être blessés le jour où pour des cas graves et déterminés nous briserons le nœud dont ils contestent la validité au point de vue de la conscience.

Non seulement, ajoutent les adversaires, le rétablissement du divorce fait violence aux consciences, mais il ruine l'organisation sociale en venant la saper dans une de ses bases essentielles, le mariage et la famille. Ad-

mettre le divorce c'est admettre qu'on se joue du mariage et il ne faut pas sacrifier aussi légèrement l'intérêt général à celui de deux époux malheureux, c'est possible, mais qui ont enchaîné avec trop de légèreté et d'irréflexion peut-être, leur sort l'un à l'autre.

Cet argument n'est pas plus probant que le précédent et nombre de philosophes soutiennent avec raison que le divorce est beaucoup plus moral que la séparation de corps dont le résultat est souvent de donner naissance à des liaisons illégitimes. La séparation de corps n'est-elle pas, suivant M. de Marcère, *le dérèglement ou le célibat forcé c'est-à-dire un état contraire soit aux lois sociales soit à la nature humaine*.

Quant à la situation faite aux enfants par le divorce, elle est assurément préférable à celle que leur crée la séparation de corps. Le divorce en donnant aux parents la faculté de contracter un nouveau mariage les fera peut-être tomber sous l'autorité dure parfois d'un parâtre ou d'une marâtre. Mais nous avons dit plus haut que la séparation de corps engendrera souvent des liaisons illégitimes. L'autorité d'un parâtre ou d'une marâtre illégitime sera-t-elle obligatoirement moins pénible pour l'enfant que celle d'un parâtre légitime. Il nous est permis de croire le contraire.

Le législateur a donc fait œuvre utile en rétablissant le divorce. Il a pris soin d'ailleurs de limiter les causes du divorce (*adultères, sévices, excès et injures graves, condamnation à une peine afflictive et infamante*); il a supprimé le divorce par consentement mutuel et sans aller aussi loin que les anciennes coutumes suisses qui proclamaient que les époux qui demandaient le divorce devaient être renfermés pendant huit jours en tête à tête

dans une chambre d'où ils sortaient souvent réconciliés, les lois de 1884 et de 1886 ont prescrit diverses mesures, comme les tentatives de réconciliation dans le cabinet du président et la faculté laissée par l'article 246 au Tribunal de ne prononcer le divorce qu'après un délai de 6 mois, qui permettent aux époux de se ressaisir et de ne pas rompre à la légère une union qu'ils pourraient ensuite regretter.

En résumé donc et en principe le divorce pris dans son ensemble ne mérite pas les attaques qui ont été dirigées contre lui. Son application dans les détails et en particulier les effets du jugement de divorce sont-ils aussi à l'abri des critiques. C'est le sujet de l'étude qui va suivre.

Nous diviserons ce travail en trois chapitres.

Dans le premier nous étudierons l'origine et la nature de la transcription du jugement de divorce.

Dans le second nous examinerons quelles sont les conditions de validité de cette transcription.

Le troisième enfin sera consacré à l'étude de l'effet rétroactif du jugement de divorce *dûment transcrit*.

CHAPITRE PREMIER

DE LA TRANSCRIPTION DU JUGEMENT DE DIVORCE ET DE LA NATURE DE CETTE FORMALITÉ.

§ 1. — Travaux préparatoires. — Exposé des règles légales.

Avant la loi du 18 avril 1886, le divorce ne résultait pas de la décision judiciaire qui l'avait admis.

L'autorité judiciaire pouvait simplement, si elle jugeait le divorce admissible, autoriser le demandeur à se retirer devant l'officier de l'état civil pour faire prononcer que le mariage était dissous.

Ce principe avait, croyons-nous, son origine dans la législation intermédiaire, c'est-à-dire dans le décret du 20 septembre 1792 qui détermine les causes, le mode et les effets du divorce, et dans le décret des 18-25 septembre 1792 qui détermine le mode de constater l'état civil des citoyens.

Le décret du 20 septembre 1792, qui déterminait les causes, le mode et les effets du divorce, avait ainsi motivé le rétablissement du divorce : « L'Assemblée nationale, considérant combien il importe de faire jouir les Français de la faculté du divorce, qui résulte de la liberté individuelle dont un engagement indissoluble serait la perte ; considérant que déjà plusieurs époux n'ont pas attendu, pour jouir des avantages de la disposition constitutionnelle suivant laquelle le mariage n'est qu'un contrat civil, que la loi eût réglé le mode et les effets du divorce, décrète ce qui suit : « Art. 1^{er}. Le mariage se dissout par le divorce ».

Il faut remarquer de plus que, d'après ce décret, c'était une assemblée de famille qui, dans la plupart des cas, vérifiait les faits invoqués pour justifier la demande de divorce et si, d'après la vérification des faits, les arbitres de famille jugeaient la demande fondée, ils renvoyaient le demandeur en divorce devant l'officier du domicile du mari pour faire prononcer le divorce (décret du 20 septembre 1792, § II, modes du divorce, art. 19). Si le divorce avait lieu par suite de la condamnation de l'un des époux à des peines afflictives ou infamantes, l'autre époux muni du jugement de condamnation pouvait se pourvoir directement devant l'officier public chargé de recevoir les actes de mariage dans la municipalité du domicile du mari. L'autorité judiciaire n'avait à intervenir que pour statuer sur les contestations qui pouvaient s'élever sur la nature ou la validité des jugements représentés (même décret, § II, art. 16). De même, dans le cas de divorce pour absence de cinq ans sans nouvelles, l'époux qui le demandait pouvait se pourvoir directement devant l'officier public de son domicile,

lequel devait prononcer le divorce sur la présentation d'un acte de notoriété constatant cette longue absence (même décret, § II, art. 17).

Le décret des 20-25 septembre 1792, qui déterminait le mode de constater l'état civil des citoyens, réglait, dans sa section V, les formes dans lesquelles la dissolution du mariage par le divorce serait prononcée par l'officier public chargé de recevoir les actes de naissance, mariage et décès (art. 3 à 9).

Cette législation ne produisit pas de bons résultats : « Jusqu'ici, disait le ministre de la justice dans la séance du Conseil d'État du 14 vendémiaire an X, au cours de la discussion du Code civil, les conseils de famille ont été de peu de secours. Les hommes sont naturellement égoïstes ; ils sont froids pour les affaires d'autrui ; on ne trouve guère l'esprit de famille que dans les ascendants et dans les descendants. L'expérience prouve que les parents n'interviennent ordinairement dans les divorces que d'une manière purement officieuse ; qu'ils se prêtent à tout ce qu'on veut, et semblent ne satisfaire qu'à une simple formalité (1) ».

L'intervention de l'autorité judiciaire ne fut pas admise cependant sans discussion dans le Code civil : « On a des femmes joueuses, débauchées, etc., disait le Premier consul : faudra-t-il aller plaider pour les chasser de sa maison (2) ? ».

Néanmoins, comme tous les législateurs de cette époque étaient d'accord pour restreindre à la fois les causes du divorce et les moyens de l'obtenir, il fut décidé que

(1) Fenet, *Recueil des Travaux préparatoires du Code civil*, t. IX, p. 272.

(2) Fenet, t. IX, p. 290, note.

l'intervention du juge serait nécessaire pour apprécier les causes du divorce et l'utilité de l'accorder. « Les formes de l'instruction augmenteront encore les garanties contre les surprises, disait Treilhard dans son exposé des motifs (1) ». Dans son rapport au tribunat, M. Savoie Rollin s'exprimait ainsi : « Il faut que la détermination grave de délier un engagement qui devait ne finir qu'avec la vie présente tous les caractères d'une évidente nécessité : la loi n'a aucun moyen de sonder les cœurs, mais elle y supplée par des précautions et des épreuves ; la constance qui les surmonte lui donne la mesure des sentiments dont elle émane ; elle apprécie les motifs qui désunissent deux époux, par leur ténacité même à vaincre les obstacles qu'on leur oppose. » Et plus loin : « Des précautions et des formes d'une autre espèce sont réservées au divorce pour causes déterminées, mais elles sont rédigées dans le même esprit : frapper, dès l'abord, l'époux demandeur du sévère appareil de la loi... Voilà la marche de la procédure, elle est irréprochable ; elle est sage ; elle est salutaire (2) ».

Ainsi l'unique but du législateur en 1804 était de ralentir le dénouement d'une demande en divorce et de rendre plus difficile la dissolution du mariage dans ce cas. Quant au mode de dissolution définitive du mariage, il ne fut pas question d'en changer le principe et il ne vint à l'idée de personne que le mariage pût être dissous par une autorité autre que celle qui était chargée par la loi civile de présider à la formation du mariage.

L'article 264 du Code civil était ainsi conçu : « En

(1) Fenet, IX, p. 482.

(2) Fenet, IX, p. 506 et 507.

vertu de tout jugement rendu en dernier ressort ou passé en force de chose jugée qui autorisera le divorce, l'époux qui l'aura obtenu sera obligé de se présenter, dans le délai de deux mois, devant l'officier de l'état civil, l'autre partie dûment appelée pour faire prononcer le divorce ».

La loi sur le divorce du 27 juillet 1884 a purement et simplement rétabli cet article et les travaux préparatoires de cette loi ne révèlent aucune discussion sur ce point.

La loi sur la procédure en matière de divorce et de séparation de corps du 18 avril 1886 contient au contraire sur ce point une très grave innovation.

La loi du 18 avril 1886 a supprimé la formalité du prononcé solennel du divorce par l'officier de l'état civil et y a substitué la transcription du jugement ou de l'arrêt de divorce sur les registres de l'état civil du lieu où le mariage a été célébré (1).

« Le système de 1884, emprunté au Code civil, était un système simple. Faisant une application plus ou moins consciente de la vieille règle du formalisme antique : *Omnia quæ jure contrahuntur jure contrario pereunt* (2), la loi de 1884, après le Code, imposait aux parties l'obligation de faire prononcer le divorce par l'officier de l'état civil, pour satisfaire à la loi de la correspondance des formes ; l'officier de l'état civil, ayant présidé à la formation du mariage, présidait à sa dissolution. Cette seconde cérémonie, d'où étaient absentes les illusions qui avaient pu accompagner la première, avait quelque chose de pénible, et il n'y a pas à

(1) Sirey, Table décennale, 1880-1890, v^o *Divorce*, n^o 86.

(2) Loi 100, Dig. *de regulis juris*, liv. L, t. XVI.

regretter que le législateur l'ait supprimée. Seulement cette suppression n'a pas été pure et simple. Le législateur a remplacé par une formalité nouvelle la comparution devant l'officier de l'état civil. A une époque où on se préoccupe d'organiser d'une façon, chaque jour plus effective, la publicité de tout ce qui concerne l'état et la capacité des personnes (projet de casier civil), étant donné que la comparution devant l'officier de l'état civil donnait à la dissolution une certaine publicité, la suppression pure et simple eût constitué une anomalie (1) ».

Aux termes de l'article 251 : « Le dispositif du jugement ou de l'arrêt est transcrit sur les registres de l'état civil du lieu où le mariage a été célébré. Mention est faite de ce jugement ou arrêt en marge de l'acte de mariage, conformément à l'article 49 du Code civil.

Si le mariage a été célébré à l'étranger, la transcription est faite sur les registres de l'état civil du lieu où les époux avaient leur dernier domicile, et mention est faite en marge de l'acte de mariage s'il a été transcrit en France ».

L'article 252 nous indique le délai dans lequel cette transcription doit être faite : « La transcription, dit cet article, est faite à la diligence de la partie qui a obtenu le divorce ; à cet effet, la décision est signifiée, dans un délai de deux mois à partir du jour où elle est devenue définitive, à l'officier de l'état civil compétent, pour être transcrite sur les registres. A cette signification doivent être joints les certificats énoncés en l'article 548 du Code de procédure, et, en outre, s'il y a eu arrêt, un certificat de non-pourvoi.

(1) Hitier, *Le développement de la jurisprudence en matière de divorce depuis 1884*, p. 42 et 43.

Cette transcription est faite par les soins de l'officier de l'état civil, le cinquième jour de la réquisition, non compris les jours fériés, sous les peines édictées par l'article 50 du Code civil (poursuite devant le tribunal de 1^{re} instance et amende ne pouvant excéder 100 fr.).

A défaut par la partie qui a obtenu le divorce de faire la signification dans le premier mois, l'autre partie a le droit, concurremment avec elle, de faire cette signification dans le mois suivant.

A défaut par les parties d'avoir requis la transcription dans le délai de deux mois, le divorce est considéré comme nul et non avenue.

Le jugement dûment transcrit remonte, quant à ses effets entre époux, au jour de la demande ».

Voici comment l'exposé des motifs de cette loi, présentée au Sénat le 11 juin 1885 par M. Brisson, garde des sceaux, justifiait cette innovation : « D'après les dispositions du Code, le divorce ne résulte pas de la décision judiciaire qui l'accorde. Il faut encore qu'il y ait prononciation solennelle du divorce par l'officier d'état civil. Non seulement cette formalité est essentielle, mais elle doit avoir lieu dans un certain délai, sous peine de déchéance du bénéfice de la décision obtenue.

A ce système, qui a l'inconvénient d'obliger les parties à une comparution personnelle en présence de témoins, devant l'officier d'état civil, le projet substitue (art. 18 et 19, art. 251 et 252) une disposition qui exige seulement la transcription du jugement sur les registres de l'état civil du lieu où le mariage a été célébré, et la mention en marge de l'acte du mariage. La nature de la formalité exigée est seule modifiée, les effets de la formalité subsistent. Si la transcription n'a pas eu lieu dans le

délai de trois mois (1), à la requête de l'une ou de l'autre des parties, le divorce est tenu pour nul et non avenu.

Il est indispensable que les registres de l'état civil qui constatent le mariage, constatent aussi le divorce. Les tiers n'ont aucun moyen de se renseigner sur la situation des parties. La transcription doit donc être exigée. Aux époux seuls peut être laissé le soin de requérir cette transcription, et, d'autre part, on ne peut laisser ce droit ouvert pendant un temps indéterminé. Bien que la déchéance prononcée paraisse rigoureuse, on a reconnu qu'elle était inévitable : les époux ne doivent pas reprendre la vie commune et la faire cesser, à leur gré, en opérant inopinément une transcription retardée dans ce but : une union ainsi prolongée aurait le caractère d'un mariage avec faculté de répudiation arbitraire ; aussi fallait-il exiger la transcription du divorce, et l'exiger dans un certain délai. Si cette transcription n'a pas eu lieu, il y a une présomption légale qu'une réconciliation s'est opérée. Le dispositif du jugement sera seul transcrit » (2).

La Commission du Sénat chargée d'examiner le projet du gouvernement l'adopta et M. Labiche, qui cependant avait une opinion personnelle contraire, car il désirait le maintien de la disposition du Code civil à cet égard, fut chargé de la mission de rapporteur.

M. Labiche, dans son rapport au Sénat, s'exprimait ainsi :

« Les articles 18 et 19 du projet apportent une modification considérable aux dispositions qui régissent le divorce.

« Ainsi que nous l'avons rappelé, les décisions ju-

(1) La loi a réduit ce délai à deux mois.

(2) Exposé des motifs. Sirey, *Lois annotées*, 1889, p. 56, note 33.

diciaires ne font qu'autoriser le divorce ; pour qu'il existe définitivement, il faut, d'après l'article 264, un acte constatant la comparution devant l'officier d'état civil de la partie qui a obtenu le divorce, l'autre partie dûment appelée. Aujourd'hui la partie qui a obtenu le divorce peut seule requérir qu'il soit prononcé ; si elle néglige d'accomplir cette formalité, si elle néglige de se présenter devant l'officier d'état civil dans le délai de deux mois, du jour où la décision judiciaire qu'elle a obtenue est devenue définitive, cette décision est frappée de déchéance.

« A cette formalité, les articles 18 et 19 du projet substituent la formalité d'une transcription de la décision judiciaire sur les registres de l'état civil du lieu où le mariage a été célébré, et la mention de cette décision en marge de l'acte de mariage.

« D'après l'exposé des motifs, le système du Code civil a l'inconvénient « d'obliger les parties à une comparution personnelle en présence de témoins ». De son côté, la majorité de votre commission estime que l'application de cette disposition n'a pas toujours un caractère très sérieux. D'après elle, la célébration du divorce par le maire, outre qu'elle est peu conforme à la déférence et au respect qui sont dus aux décisions de la justice (en ce sens que c'est cette célébration et non le jugement qui dissout le mariage) a, dans la pratique, un grand inconvénient. Très souvent les officiers de l'état civil n'osent pas trancher diverses questions qui sont soulevées dans cette dernière phase de l'affaire par l'une ou l'autre des parties — par exemple des questions de domicile, de résidence, de comptes, de mobilier, ils sont obligés d'en référer au parquet. Les procureurs de

« Toutefois elle a bien voulu, sur la proposition du rapporteur, reconnaître qu'il n'y avait aucun intérêt à porter à trois mois le délai d'exécution du jugement, en prolongeant ainsi d'un mois l'incertitude de l'existence du mariage. Le délai pour requérir la transcription a donc été fixé à deux mois.

« Ainsi, dans le système du projet du gouvernement qui a prévalu devant la Commission, la nature de la formalité exigée est seule modifiée, mais les effets de la formalité subsistent ; si la transcription du divorce n'a pas eu lieu dans le délai de deux mois, à la requête de l'une ou de l'autre des parties, le divorce est tenu pour nul et non avenu. L'exposé des motifs s'explique à cet égard en des termes qu'il suffit de reproduire. Il est indispensable que les registres de l'état civil, qui constatent le mariage, constatent aussi le divorce. Les tiers n'ont aucun autre moyen de se renseigner sur la situation des parties. La transcription doit donc être exigée ».

Quand le projet vint en discussion au Sénat en décembre 1885, M. Labiche, en son nom personnel, exposa les raisons qui l'avaient décidé à combattre, au sein de la Commission, l'admission de la règle nouvelle que le projet voulait introduire dans la procédure du divorce.

M. Labiche demanda le maintien du régime du Code civil, d'après lequel le divorce est un véritable acte de l'état civil, résultant d'une déclaration solennelle prononcée par le maire à un moment déterminé, précis que tout le monde peut connaître. « Vous substituez, disait-il, la transcription du jugement à l'acte du divorce. La principale question est entre ces deux formalités. Laquelle est préférable, ou de celle que le législateur du Code avait édictée et qui présentait toutes les garanties

de contrôle, de publicité, de précision, ou de celle que vous avez imaginée, la transcription faite à huis clos par un greffier de la mairie, agissant sans publicité, sans contrôle, à un instant indéterminé? A ce greffier de mairie vous donnez, en effet, huit jours pour faire cette transcription au moment qui lui conviendra (1), et cependant le moment précis où la transcription sera opérée a une importance considérable, car c'est elle qui détermine les droits des parties et même les droits des tiers. Avec le nouveau système, pendant le délai accordé au greffier et même après si sa négligence le met en contravention avec la loi, il n'est pas possible de savoir si les époux sont ou non divorcés. Si le décès d'un des époux survient dans le délai de la huitaine, le divorce aura ou non existé, suivant la vigilance plus ou moins grande du greffier. N'y a-t-il pas, au point de vue des intérêts des tiers comme au point de vue de l'intérêt des deux époux, un inconvénient très grave à cette indétermination de l'époque où le divorce sera réellement acquis? Ne vaut-il pas mieux assigner à la dissolution du mariage un instant précis, incontestable, ainsi que le fait le régime du Code civil? On semble faire bon marché du contrôle qu'exerce aujourd'hui l'officier de l'état civil appelé, par la solennité même de l'acte auquel il va concourir, à examiner avec soin la régularité de la réquisition qui lui est adressée. En sera-t-il ainsi quand, au lieu d'être appelé à prononcer le divorce, il aura simplement à signer une transcription laissée pendant huit jours à l'arbitraire du greffier? (2) ».

(1) Le projet a été modifié sur ce point : « Cette transcription est faite par les soins de l'officier de l'état civil le 5^e jour de la réquisition, non compris les jours fériés, dit l'article 252.

(2) *Journal officiel*, 23 décembre 1885, débats parl., p. 1295.

« Toutefois elle a bien voulu, sur la proposition du rapporteur, reconnaître qu'il n'y avait aucun intérêt à porter à trois mois le délai d'exécution du jugement, en prolongeant ainsi d'un mois l'incertitude de l'existence du mariage. Le délai pour requérir la transcription a donc été fixé à deux mois.

« Ainsi, dans le système du projet du gouvernement qui a prévalu devant la Commission, la nature de la formalité exigée est seule modifiée, mais les effets de la formalité subsistent ; si la transcription du divorce n'a pas eu lieu dans le délai de deux mois, à la requête de l'une ou de l'autre des parties, le divorce est tenu pour nul et non avenu. L'exposé des motifs s'explique à cet égard en des termes qu'il suffit de reproduire. Il est indispensable que les registres de l'état civil, qui constatent le mariage, constatent aussi le divorce. Les tiers n'ont aucun autre moyen de se renseigner sur la situation des parties. La transcription doit donc être exigée ».

Quand le projet vint en discussion au Sénat en décembre 1885, M. Labiche, en son nom personnel, exposa les raisons qui l'avaient décidé à combattre, au sein de la Commission, l'admission de la règle nouvelle que le projet voulait introduire dans la procédure du divorce.

M. Labiche demanda le maintien du régime du Code civil, d'après lequel le divorce est un véritable acte de l'état civil, résultant d'une déclaration solennelle prononcée par le maire à un moment déterminé, précis que tout le monde peut connaître. « Vous substituez, disait-il, la transcription du jugement à l'acte du divorce. La principale question est entre ces deux formalités. Laquelle est préférable, ou de celle que le législateur du Code avait édictée et qui présentait toutes les garanties

de contrôle, de publicité, de précision, ou de celle que vous avez imaginée, la transcription faite à huis clos par un greffier de la mairie, agissant sans publicité, sans contrôle, à un instant indéterminé? A ce greffier de mairie vous donnez, en effet, huit jours pour faire cette transcription au moment qui lui conviendra (1), et cependant le moment précis où la transcription sera opérée a une importance considérable, car c'est elle qui détermine les droits des parties et même les droits des tiers. Avec le nouveau système, pendant le délai accordé au greffier et même après si sa négligence le met en contravention avec la loi, il n'est pas possible de savoir si les époux sont ou non divorcés. Si le décès d'un des époux survient dans le délai de la huitaine, le divorce aura ou non existé, suivant la vigilance plus ou moins grande du greffier. N'y a-t-il pas, au point de vue des intérêts des tiers comme au point de vue de l'intérêt des deux époux, un inconvénient très grave à cette indétermination de l'époque où le divorce sera réellement acquis? Ne vaut-il pas mieux assigner à la dissolution du mariage un instant précis, incontestable, ainsi que le fait le régime du Code civil? On semble faire bon marché du contrôle qu'exerce aujourd'hui l'officier de l'état civil appelé, par la solennité même de l'acte auquel il va concourir, à examiner avec soin la régularité de la réquisition qui lui est adressée. En sera-t-il ainsi quand, au lieu d'être appelé à prononcer le divorce, il aura simplement à signer une transcription laissée pendant huit jours à l'arbitraire du greffier? (2) ».

(1) Le projet a été modifié sur ce point : « Cette transcription est faite par les soins de l'officier de l'état civil le 5^e jour de la réquisition, non compris les jours fériés, dit l'article 252.

(2) *Journal officiel*, 23 décembre 1885, débats parl., p. 1295.

Voici ce qui a été répondu à M. Labiche. M. Brisson, ministre de la justice, et M. Allou firent observer que, si une cérémonie était exigée par l'ancien Code civil, c'est parce qu'il admettait le divorce par consentement mutuel ; il allait de soi que, du moment qu'on exigeait la constatation, pour le mariage, par l'officier de l'état civil de la volonté des deux époux, de même, pour constater la dissolution par consentement mutuel de l'union conjugale, on exigeait la même solennité, la même intervention du magistrat municipal ; mais aujourd'hui rien de semblable, puisque le titre du divorce par consentement mutuel n'a pas été rétabli : « La plupart des maires, surtout ceux des grandes villes, qui sont à peu près les seules où des divorces aient été prononcés jusqu'ici, se plaignent de l'obligation qui leur est imposée par l'ancienne législation, par celle que nous vous proposons de modifier, à cause des scènes tantôt comiques, tantôt scandaleuses, qui se sont produites à l'occasion de cette solennité. Pourquoi donc, en présence de ces réclamations, de ces demandes des maires, maintiendrait-on une disposition qui est, en somme, une exception à ce principe qui veut qu'un jugement ou un arrêt définitif emporte l'exécution immédiate ? Et, en effet, on dit : Vous ne fixez pas une date certaine, vous n'avez pas une situation régulière avec le système de la transcription. Mais c'est la situation de tous les débats judiciaires ; quand on a épuisé toutes les voies de juridiction, la décision prise devient définitive. Il en est de même pour le divorce. Les juges ont rendu un arrêt, voilà la situation fixée ; est-ce qu'il n'y a pas même là une certaine dignité pour la justice à s'arrêter à la décision qu'elle a prise. Est-ce que l'œuvre véritable n'est

pas faite par les tribunaux ? Et cette décision ne serait qu'une décision d'attente qui se complèterait en s'affirmant par l'intervention du magistrat administratif ! Ce n'est pas possible. Que faut-il faire ? Il faut faire ce que l'on fait dans les matières analogues, dans les questions d'état, dans la question de nullité du mariage. Cette dernière question a bien, semble-t-il, quelque analogie avec le divorce. Quand une nullité de mariage a été prononcée, le jugement est transcrit sur le registre de l'état civil, la mention est faite de la nullité en marge de l'acte de mariage. Est-ce que cela ne répond pas à tout (1) ? »

M. Massigli dans l'examen doctrinal des décisions de la jurisprudence publiées en 1892 et 1893 (2) déclare qu'il n'y a pas lieu, à son avis, de regretter que la loi du 18 avril 1886 sur la procédure en matière de divorce, ait aboli la solennité de la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil qu'exigeaient les anciennes dispositions du Code, et qu'elle ait substitué à cette cérémonie, superflue dans une législation où le divorce implique nécessairement l'intervention d'une décision judiciaire, la formalité plus simple de la transcription du jugement ou de l'arrêt sur les registres de l'état civil ; mais on ne saurait considérer, dit-il, comme des modèles de précision les textes qui ont institué cette transcription.

(1) Sénat, séance du 12 décembre 1885, *Journal officiel* du 13, débats parlementaires, p. 1295 et suiv. Sirey, *Lois annotées*, 1886, p. 57, note 33. *in fine*.

(2) Massigli, *Revue critique*, 1894, t. XXIII, p. 129.

§ 2. — Nature de la transcription et spécialement de ses effets sur la dissolution du mariage.

Nous avons dit que la loi du 18 avril 1886 avait donné à l'autorité judiciaire le droit de prononcer le divorce par jugement et qu'elle avait remplacé la cérémonie solennelle dans laquelle l'officier de l'état civil déclarait le mariage dissous par une transcription du dispositif du jugement ou de l'arrêt prononçant le divorce sur les registres de l'état civil du lieu où le mariage avait été célébré.

Nous avons vu que M. Brisson, président du Conseil et ministre de la justice, qui avait déposé et défendu le projet de loi au Sénat en 1885, avait, dans son *Exposé des motifs*, présenté cette innovation comme une simple modification de formes : « La nature de la formalité exigée est seule modifiée ; les effets de la formalité subsistent ».

Si cette phrase révèle exactement la pensée du législateur, nous devons considérer la transcription comme une formalité essentielle produisant les mêmes effets que la célébration officielle du divorce par l'officier d'état civil et par conséquent comme une formalité indispensable pour parfaire le divorce et le rendre définitif.

Cette manière de voir trouve un point d'appui très solide dans les paroles du rapporteur de la loi au Sénat : « Ainsi, dans le système du projet du gouvernement, qui a prévalu devant la Commission, disait M. Labiche dans son rapport, la nature de la formalité exigée est seule modifiée, mais les effets de la formalité subsistent ; si la transcription du divorce n'a pas eu lieu dans le délai de deux mois, à la requête de l'une ou de l'autre

des parties, le divorce est tenu pour nul et non avenu. L'exposé des motifs s'explique à cet égard en des termes qu'il suffit de reproduire ».

Nous pouvons citer également pour appuyer cette manière de voir : 1° la disposition de l'article 244 aux termes duquel l'action en divorce s'éteint par le décès de l'un des époux survenu avant que le jugement soit devenu irrévocable par la transcription sur les registres de l'état civil ; 2° la disposition de l'article 252, § 4, aux termes duquel le divorce est considéré comme nul et non avenu à défaut par les parties d'avoir requis la transcription dans le délai de deux mois.

Un point est certain, c'est que, si la transcription n'est pas faite, il n'y a pas de divorce.

Il semble que la conséquence naturelle de ce principe est que la dissolution du mariage n'a lieu qu'au moment même où la transcription est accomplie et qu'elle ne peut avoir lieu avant que cette formalité ait été accomplie.

Néanmoins une controverse très vive s'est élevée sur le point de savoir à quel moment la sentence judiciaire prononçant le divorce produit ses effets, à quel moment précis a lieu la dissolution du mariage.

L'intérêt pratique de la question est considérable ; car il s'agit de savoir à quel moment les époux sont affranchis du devoir de fidélité, à quel moment commencent à courir les dix mois au bout desquels la femme peut se remarier, à quel moment cesse l'incapacité de la femme.

Il ne faut donc pas s'étonner de trouver sur cette question quatre systèmes différents que nous allons successivement exposer et discuter.

Avant d'entrer dans la discussion, nous devons men-

tionner cependant que la question avait déjà été controversée avant 1886 et ceci aurait lieu de surprendre si l'on remarque que, avant 1886, la décision judiciaire autorisait simplement les parties à se rendre devant l'officier d'état civil et que la dissolution du mariage était, non pas seulement constatée, mais solennellement *prononcée* par l'officier d'état civil.

Sous la législation de 1792, la controverse n'était évidemment pas possible puisque les époux allaient directement devant l'officier d'état civil pour faire prononcer le divorce et que toutes les pièces qu'ils pouvaient lui soumettre n'avaient que la valeur d'éléments de preuve.

Mais, sous le Code et la loi de 1884, la sentence judiciaire avait une autre importance et malheureusement il n'y avait dans la loi aucune disposition expresse déterminant le point de départ des effets du divorce.

La jurisprudence semblait fixée en ce sens que le divorce résultait purement et simplement de la prononciation du divorce par l'officier d'état civil ; la Cour de cassation avait jugé, dès 1813, que le divorce restait sans effet en cas de décès d'un époux avant la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil (1), et, plus récemment, le tribunal de la Seine avait décidé que la dissolution du mariage s'opérait par l'acte même du divorce dressé à la mairie, sans remonter jamais, soit au jour du jugement, soit au jour de la demande (2).

Mais la doctrine se basant sur le silence de la loi avait émis trois systèmes à ce sujet : « La loi est muette sur ce point, dit M. Carpentier. De là plusieurs doctrines. L'une d'elles enseigne que le divorce doit remonter au

(1) Cour de cass., 17 juin 1813, C. N. 4^e vol., I, 372.

(2) Trib. de la Seine, mai 1885, *Gaz. des Trib.*, 3 mai 1885.

jugement du tribunal qui l'admet (Zachariæ, t. I, n° 67). Une autre va plus loin encore et le fait rétroagir au jour de la demande. Toutes les deux, à notre avis, ajoute M. Carpentier, sont inexactes : la dernière, parce qu'elle prétend établir une assimilation entre les jugements ordinaires et le jugement de divorce qui s'en distingue de la façon la plus formelle, l'une et l'autre parce qu'elles ne tiennent aucun compte de l'intervention de l'officier de l'état civil » (1).

Le jugement de divorce ne saurait être rétroactif au jour de la demande, en effet, à moins d'une disposition contraire, car il n'est pas déclaratif mais attributif de droits ; il crée une situation nouvelle. D'autre part, le divorce ne pourrait être assimilé à l'adoption en admettant que les effets de l'adoption remontent au jour du contrat quand ce contrat a été approuvé par jugement et arrêt, parce que l'adoption est un contrat préexistant aux décisions judiciaires tandis que le divorce est au contraire la conséquence de ces décisions. Enfin, en pratique, il pourrait y avoir des difficultés si l'on voulait faire remonter à la demande les effets du jugement de divorce. Ainsi que le fait observer M. Carpentier : « rien n'est moins déterminé dans cette procédure spéciale que le moment où l'on peut considérer l'instance comme introduite ».

La doctrine, qui prétend faire remonter au jour du jugement la dissolution du mariage, n'était plus fondée sous l'empire de la loi de 1884. C'était l'officier de l'état civil en effet qui prononçait le divorce et, dans l'esprit du législateur, cette antithèse avait été inspirée par la

(1) Carpentier, *Traité théorique et pratique du divorce*, t. I, n° 295, p. 552.

volonté de donner pouvoir de dissoudre le mariage à l'officier d'état civil qui l'avait déclaré formé. Enfin on ne pouvait soutenir que le divorce était soumis à la condition suspensive de la dissolution du mariage par l'officier d'état civil ; dans ce cas, ainsi que le dit M. Laurent : « Il ne peut être question d'une question suspensive ; car il n'y a d'autres conditions que celles qui sont stipulées par les parties ou sous-entendues par la loi. En matière de divorce, les parties ne peuvent rien stipuler, puisque le mariage est d'ordre public. Il faudrait donc que la condition fût écrite dans la loi. Or le législateur s'est bien gardé d'établir une condition ; un état conditionnel, c'est-à-dire incertain, ne se conçoit pas en cette matière ; le mariage ne peut pas plus se dissoudre sous condition qu'il ne peut se contracter sous condition (1) ».

Ce qui constitue, à nos yeux, le point de départ des effets du divorce, conclut M. Carpentier, c'est donc le prononcé qui en est fait par l'officier de l'état civil.

Cette controverse devait nécessairement se reproduire, en l'absence d'une disposition formelle, dans la législation de 1886 et même avec une apparence de raison plus grande puisque d'une part c'est l'autorité judiciaire qui désormais *prononce* le divorce et que d'autre part l'article 252, § 5, déclare que le jugement dûment transcrit remonte, quant à ses effets entre époux, au jour de la demande.

Aussi pouvons-nous relever, dans la doctrine et dans la jurisprudence, quatre systèmes différents.

Voici l'énoncé des quatre systèmes.

(1) Laurent, *Droit civil*, t. III, n° 288, cité par Carpentier, *op. cit.*, n° 295, p. 253.

Premier système. — Le jugement de divorce produit ses effets du jour de la demande.

Deuxième système. — Le jugement de divorce produit ses effets du jour du jugement.

Troisième système. — Le jugement de divorce produit ses effets du jour de la publicité du jugement.

Quatrième système. — Le jugement de divorce produit ses effets du jour de la transcription.

Il va sans dire que tous ces systèmes supposent qu'il s'agit d'un jugement ou arrêt dûment transcrit conformément aux articles 251 et 252, car, sans transcription, il n'y a plus de divorce. A défaut par les parties d'avoir requis la transcription dans le délai de deux mois, dit l'article 252, § 4, le divorce est considéré comme nul et non avenu.

Nous allons maintenant discuter ces différents systèmes :

Premier système. — Le jugement de divorce dûment transcrit produit ses effets à dater du jour de la demande.

Ce système invoque un argument de texte qui serait péremptoire si réellement le législateur avait voulu donner à la disposition légale la portée qu'on veut lui attribuer.

Ce texte est l'article 252, § 5, aux termes duquel : « Le jugement [de divorce] dûment transcrit remonte, quant à ses effets entre époux, au jour de la demande ».

Prise à la lettre, cette disposition paraît justifier ce système ; mais ainsi que le fait observer M. Laurent : « Il se peut que la lettre, quoique claire, n'exprime pas la vraie pensée du législateur. Si cela est prouvé, certes l'esprit devra être préféré au texte. Mais il faut que cela »
3

soit prouvé, car certainement il n'est pas probable que le législateur, tout en parlant clairement, dise le contraire de ce qu'il a voulu dire. Si donc cela arrive, ce sera une rare exception. Ici encore la lettre doit céder à l'esprit (1) ».

Or nous trouvons dans les travaux préparatoires une preuve certaine de la volonté du législateur.

M. Labiche, rapporteur au Sénat, expliquait de la manière suivante dans la séance du 24 décembre 1885 la portée de cette innovation : « La disposition que nous vous proposons constitue une innovation. Comment se justifie cette innovation ? Elle a pour objet d'enlever aux époux la faculté de modifier en ce qui les concerne, le patrimoine de la communauté, en avançant ou en retardant, suivant certaines combinaisons, le moment où la décision des juges sera définitive et où, par conséquent, elle produit seulement effet aujourd'hui ».

Dans le cours de la discussion, M. Labiche ajoutait encore : « notre texte ne parle que des effets à l'égard des époux... En ce qui concerne les effets de la séparation de corps ou du divorce à l'égard des tiers, il n'est apporté aucune modification au régime actuel (2) ».

De l'examen attentif des travaux préparatoires, il résulte donc nettement que la rétroactivité du jugement de divorce n'a été admise qu'exceptionnellement, qu'elle a été admise pour le règlement des intérêts pécuniaires seuls et à cet égard même entre les époux seulement.

Ainsi que le dit très bien M. Paul Pic : « De même que le jugement de séparation de corps qui ne rétroagit pas a pour corollaire la séparation de biens qui rétroa-

(1) Laurent, *Droit civil*, I, n° 273, p. 240.

(2) Sirey, *Lois annotées*, 1886, p. 58, n. 35.

git, de même le jugement de divorce dissout le mariage *ex nunc* sans rétroactivité, mais il dissout rétroactivement *ex tunc* la communauté ou plus généralement le régime matrimonial adopté par les époux (1) ».

Il faut de plus remarquer que le jugement de divorce est un jugement constitutif de droits ; il ne pourrait donc produire aucun effet rétroactif en l'absence d'une disposition formelle et, en présence d'une disposition formelle, ne produire un effet rétroactif que dans les limites strictes qui lui ont été assignées par le législateur.

Or ces limites assignées à l'application de la règle contenue dans l'article 252, § 5, ont été rigoureusement déterminées par M. Labiche dans la discussion que nous avons reproduite ci-dessus et de plus dans un autre passage de la discussion M. Labiche, après avoir dit que les jugements de divorce ne pouvaient jamais être rétroactifs, ajoutait : « Si, en matière de séparation de biens, l'effet remonte au jour de la demande, il en est autrement en matière de séparation de corps ou de divorce. Cette différence quant au moment où se produisent les effets des jugements de séparation de biens et les effets des jugements de séparation de corps, explique pourquoi le demandeur en séparation de corps a souvent intérêt à former une demande parallèle en séparation de biens quoique la séparation de biens soit la conséquence de la séparation de corps (2) ».

Certains auteurs avaient admis, il est vrai, que « la séparation de biens qui résulte de la séparation de corps remonte en ce qui concerne les rapports des époux en-

(1) Paul Pic, *Jurisprudence du divorce*, février 1887, p. 34.

(2) Sirey, *Lois annotées*, 1886, p. 58, n. 35.

tre eux au jour même de la demande (1) » et la Cour de cassation avait, dans un arrêt récent, consacré une jurisprudence déjà antérieurement admise d'après laquelle : « Si la rétroactivité peut être admise en ce qui concerne la séparation de biens, conséquence forcée de la séparation de corps, il n'en saurait être de même pour les obligations morales des époux, et spécialement pour ce qui touche à l'habitation commune et aux devoirs d'assistance et de fidélité mutuelle ; ces obligations et ces devoirs subsistent tout entiers tant que les liens du mariage n'ont pas été relâchés par la séparation de corps (2) ».

Les explications de M. Labiche pourraient donc être critiquées, mais elles ont du moins l'avantage de ne laisser aucun doute sur les intentions du législateur : c'est la règle de l'article 1445, § 2, applicable à la séparation de biens que M. Labiche a déclaré vouloir appliquer au divorce, et il a soigneusement indiqué que cette règle se restreignait au règlement des intérêts pécuniaires et dans les rapports entre les époux seulement. M. Labiche a présenté, il est vrai, la rétroactivité de l'article 1445, § 2, comme l'application du droit commun alors que cette disposition légale est certainement exceptionnelle, mais l'erreur a été relevée sur ce point par M. Bathie et, dans tous les cas, l'intention du législateur est évidente : le mariage n'est dissous que par la transcription et sans rétroactivité aucune ; sauf application restrictive de l'article 252, § 4. Telle est la formule qui nous paraît reproduire exactement la pensée du législateur.

Dans la doctrine, MM. Vraye et Gode ont seuls for-

(1) Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. V, § 494, 3.

(2) Cass. crim., 17 août 1883, Dalloz, 1887.1.47.

mulé l'opinion que nous venons de critiquer : « Malgré les termes de l'article 252, les effets du divorce quant à la personne des époux ne se produiront *en fait*, d'une manière réelle, qu'après la transcription... La rupture du lien conjugal rétroagira, par l'effet de la fiction de l'article 252, au jour de la demande ; mais *en fait*, la rétroactivité ne s'appliquera qu'aux relations d'intérêt des époux entre eux ». Cette distinction entre *le fait* et *le droit* nous paraît très contestable ; mais, dans tous les cas, la règle de droit formulée ci-dessus est inadmissible en présence des explications des législateurs et aussi du texte de l'article 252, § 5, qui limite dans sa lettre même les effets de la rétroactivité aux rapports entre époux. Or il est évident que la dissolution du mariage une fois accomplie se produit à l'égard de tous même non intéressés, et ne peut pas être réputée accomplie à l'égard des époux seulement.

Cette opinion a d'ailleurs été rejetée par tous les auteurs. C'est ainsi que M. Dramard dit avec beaucoup de précision : « la rétroactivité du jugement de divorce doit être limitée aux rapports créés par le régime matrimonial des époux (1) » et que M. Curet et M. Carpentier déclarent que le jugement de divorce dûment transcrit ne rétroagit, même en ce qui concerne les époux, que pour le règlement de leurs droits ou intérêts pécuniaires (2).

Quant à la jurisprudence, nous devons dire à son honneur qu'aucune de ses décisions n'admet ce système.

La disposition de l'article 252, § 5, est complètement

(1) Dramard, *Jurisprudence du divorce* (juin 1888), p. 181.

(2) Curet, *Code du divorce*, n° 209 et Carpentier, *Traité théorique et pratique du divorce*, 2^e partie, 1888, p. 185.

étrangère à la question de savoir à quel moment se produit la dissolution du mariage par le divorce.

Le jugement de divorce crée une situation nouvelle ; il ne peut produire, au point de vue des devoirs que le mariage impose aux époux, un effet rétroactif jusqu'au jour de la demande. Il en résulte que les époux demeurent soumis, pendant l'instance et quelle qu'en soit l'issue, à toutes les obligations du mariage et notamment à l'obligation de fidélité ; par conséquent l'adultère commis pendant l'instance peut être l'objet de poursuites correctionnelles (1).

Deuxième système. — Le jugement de divorce produit ses effets, la dissolution du mariage est réputée accomplie à la date du jugement ou de l'arrêt prononçant le divorce.

Cette opinion est certainement la plus logique puisque c'est l'autorité judiciaire qui *prononce* désormais le divorce.

Nous avons vu en effet que, avant 1886, l'intervention de l'officier de l'état civil était indispensable pour la dissolution du mariage ; l'union conjugale ne pouvait être dissoute que dans une forme semblable à celle qui avait été employée pour la célébrer, c'était l'officier d'état civil seul qui pouvait rompre le lien que le mariage célébré devant lui avait créé.

Depuis 1886, c'est l'autorité judiciaire qui prononce le divorce ; l'officier de l'état civil n'intervient plus que pour transcrire les décisions judiciaires sur les registres de l'état civil ; cette formalité est indispensable ; si elle n'est pas accomplie, le divorce est nul et non avenu

(1) Carpentier, *op. cit.*, n° 53, p. 185. Vraye et Gode, *Le divorce et la séparation de corps*, 2^e édit., t. 2, n° 611, p. 100.

(art. 252, § 4) ; la transcription peut être considérée comme une condition à l'exécution ou événement de laquelle est subordonnée la validité, le maintien de la décision judiciaire prononçant le divorce, mais elle n'en a pas moins le caractère d'un simple enregistrement, d'une mesure de publicité, disent les partisans de ce système. Il en est de même pour l'adoption : si l'arrêt qui autorise l'adoption n'a pas été transcrit dans un certain délai, l'adoption reste sans effet (art. 359, C. civ.), mais on ne pourrait dire raisonnablement pour cela que l'adoption résulte de la transcription, il est évident qu'elle résulte du contrat d'adoption homologué par cet arrêt après jugement. Nous dirons de même que le divorce ne résulte pas de la transcription quoique cette formalité soit nécessaire et qu'il résulte du jugement ou arrêt qui le prononce. Dès lors n'est-il pas logique de dire que le jugement de divorce doit produire ses effets, que le mariage doit être réputé dissous à la date du jugement ou arrêt définitif qui a prononcé le divorce ?

Ce système est donc le plus logique, mais, s'il nous est permis de l'apprécier, nous devons surtout nous préoccuper de savoir si ce système est véritablement admis par la loi de 1886.

Dans la doctrine, il a été défendu par M. Carpentier (1), par M. Soulié (2) et accepté par M. Demangeat (3); dans la jurisprudence, il a été défendu par M. le subs-

(1) Carpentier, *op. cit.*, n° 159, p. 183.

(2) Soulié, De la date de la dissolution du mariage par le divorce, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1895, t. XXIV, p. 252 et suiv.

(3) Demangeat sur Mourlon, *Répétitions écrites sur le Code civil*, 13^e édit., 1896, t. I, p. 468, note.

titut Danion (1) devant le tribunal de la Seine et sanctionné par la Cour de Limoges qui depuis d'ailleurs est revenue sur cette opinion (2) et par le tribunal de Versailles (3).

Pour M. Carpentier, la transcription régulièrement accomplie a pour effet d'assurer l'existence du divorce ; mais elle ne le produit pas et ne sert même pas à fixer le point de départ des modifications que le changement d'état qui en résulte introduit dans la situation des époux. Dans le système de la loi nouvelle, en effet, c'est la décision judiciaire devenue définitive et cette décision seule qui entraîne la dissolution du lien conjugal.

Pour lui (4), la transcription n'est donc en définitive qu'une condition qui suspend l'existence même du divorce. Si elle se réalise, elle produit un effet rétroactif. Si elle fait défaut, au contraire, soit parce que les époux sont décédés dans l'intervalle, soit parce qu'ils n'ont pas jugé à propos de la faire accomplir, c'est comme s'ils n'avaient jamais formé de demande de divorce.

Il est bien évident, conclut M. Carpentier (5), que... pour tout ce qui touchera les personnes [des époux] ou celles de leurs enfants, comme l'observation des devoirs de fidélité, etc., ils ne jouiront de l'état d'époux divorcés qu'à compter du jugement sur le fond.

M. le substitut Danion, qui remplissait l'office du ministère public dans l'affaire qui a été terminée par le jugement du 29 novembre 1887, a développé avec vi-

(1) *Le Droit*, 1^{er} janvier 1889.

(2) Cour de Limoges, 26 novembre 1887, Sirey, 1889.2.129.

(3) Trib. de Versailles, 14 août 1889, Sirey, 1890.2.95.

(4) Carpentier, *Traité théorique et pratique du divorce*, 1894, t. 2, n° 159, p. 183.

(5) Carpentier, *eod. loc.*, p. 185.

gueur dans ses conclusions le principe de la rétroactivité de la transcription au jour du jugement : « La loi de 1886 dit expressément que le tribunal prononce le divorce (art. 246, 247, § 2, 249, 250). Or, prononcer le divorce, c'est prononcer la dissolution du mariage. Ces mots ne peuvent avoir d'autre sens. Ils sont d'autant plus significatifs que le législateur de 1884 s'était servi d'autres expressions. Le tribunal admettait le divorce et autorisait le demandeur à se présenter devant l'officier de l'état civil pour le faire *prononcer* ».

Pour justifier cette modification, disait M. Danion, le législateur a invoqué une raison de fait : les scènes scandaleuses qui s'étaient produites devant l'officier d'état civil, mais aussi une raison de droit. « Le législateur de 1884 qui conférait à l'officier de l'état civil le droit de prononcer le divorce avait emprunté cette disposition au législateur de 1803 ; il n'avait pas pris garde que, si cette disposition convenait à la loi de 1803, elle ne convenait guère à la loi de 1884. En effet la loi de 1803 reconnaissait le divorce par consentement mutuel. On comprenait dès lors qu'un contrat formé par la volonté des parties et rompu par leur consentement mutuel fût rompu dans les formes mêmes où il avait été passé, c'est-à-dire devant l'officier de l'état civil. Mais lorsque ce contrat librement formé ne peut être rompu que pour une cause déterminée c'est-à-dire pour des motifs indépendants de la volonté commune des parties, l'intervention du magistrat municipal ne se conçoit plus. Il y a, comme le disait M. Allou au Sénat, une certaine dignité pour la justice à ce qu'on s'arrête à la décision qu'elle a prise ». « Pourquoi, disait M. Brisson, garde des sceaux, maintiendrait-on une disposition, qui est en

somme une exception à un principe qui veut qu'un jugement ou un arrêt définitif comporte l'exécution immédiate ».

M. Danion invoquait encore l'article 252, § 4, aux termes duquel le divorce est considéré comme nul et non avenue à défaut par les parties d'avoir requis la transcription dans le délai de deux mois. « Le divorce existait donc avant la transcription. S'il n'existait pas, il ne pourrait devenir nul. Ce n'est pas la transcription qui le crée puisque l'absence de transcription le fait disparaître; elle le rend seulement irrévocable ». Et M. Danion concluait ainsi : « Avant la transcription du jugement prononçant le divorce, la femme est divorcée sous condition suspensive, c'est-à-dire sous condition que ledit jugement sera transcrit. Et comme, d'après le droit commun, la condition accomplie a un effet rétroactif, il en résulte que si la transcription a lieu, la femme est divorcée du jour du jugement (1) ».

L'article 244, § 3, dit bien que l'action en divorce s'éteint par le décès de l'un des époux survenu avant que le jugement soit devenu irrévocable par la transcription sur les registres de l'état civil, ce qui pourrait faire croire que c'est la transcription qui crée le divorce. Mais cette disposition, dit-on, ne se comprend plus dans la loi de 1886, elle n'était admissible que sous l'empire du Code civil et de la loi de 1884 alors que le divorce était prononcé par l'officier d'état civil et que l'action subsistait jusqu'à la célébration du divorce par l'officier d'état civil. Et M. Danion ajoutait : « Si le législateur a enlevé à l'époux survivant le droit de faire transcrire et de faire

(1) *Le Droit*, 1^{er} janvier 1889.

ainsi rétroagir la dissolution du mariage au jour du jugement, c'est qu'il a été dominé par cette idée qu'une réconciliation serait encore possible après le jugement... Il eût méconnu le but qu'il poursuivait s'il avait accordé à l'époux survivant le droit de faire transcrire, parce que, si l'époux décédé avait vécu, une réconciliation se serait peut-être produite ».

Pour répondre ensuite au reproche d'incertitude dans laquelle la rétroactivité du divorce au jour du jugement place l'état des personnes pendant toute la période qui s'étend depuis le jugement jusqu'à la transcription, M. Danion s'exprimait ainsi : « Dans tout débat judiciaire, il y a une période d'incertitude. Après le jugement, on ne sait ni s'il y aura appel, ni quel en sera le résultat... Le système de la non-rétroactivité de la transcription présente, d'ailleurs, des inconvénients identiques. Si l'état de la femme est certain jusqu'à la transcription, la date à laquelle cet état changera est incertaine, tandis que le jugement a une date fixe que les époux et les événements ne peuvent changer. Aux termes de l'article 252, l'officier de l'état civil a cinq jours à dater de la transcription. La date de la dissolution du mariage dépendrait donc de l'arbitraire du maire pendant ce délai » (1).

Quant aux travaux préparatoires, M. Danion estime qu'ils ne révèlent pas la volonté du législateur en ce qui concerne la rétroactivité de la transcription : « Il me semble plutôt, dit-il, qu'on a surtout en vue de bien établir que le jugement de divorce, une fois devenu définitif d'après les règles ordinaires, ne le serait pas encore d'a-

(1) Conclusions de M. le substitut Danion, *Le Droit*, 1^{er} janvier 1889.

près les règles de la loi sur le divorce, qu'il ne deviendrait irrévocable que par la transcription, et que, s'il n'était pas transcrit dans les délais légaux, il serait de nul effet ».

M. Soulié, avocat à la Cour d'appel de Toulouse, a repris cette théorie dans un article de la *Revue critique* et, après avoir examiné longuement les textes, les travaux préparatoires et les principes, il aboutit à cette conclusion que la transcription sur les registres de l'état civil est une voie d'exécution spéciale à la matière de l'état civil et que le divorce ne peut partir de là, mais du jour du jugement ou de l'arrêt qui le prononce.

Voici d'abord l'argumentation de M. Soulié sur les textes :

« Sous la loi de 1884, dit M. Soulié, c'était l'officier d'état civil qui *prononçait* le divorce ; le jugement ou l'arrêt ne faisait qu'*autoriser* le gagnant à se présenter devant lui à cette fin. Il n'y avait pas de difficulté : le divorce n'existant que par cette prononciation solennelle, ses effets ne pouvaient partir que de ce jour. Mais depuis 1886, la législation n'est plus la même. L'officier d'état civil ne prononce plus, il n'a qu'à noter sur ses registres le divorce. Et dès lors, n'est-il pas de toute évidence qu'en modifiant les mots la loi voulut modifier les choses ? C'est le pouvoir judiciaire qui le prononce (art. 246-250, C. civ.) : ce n'est plus l'office du maire de donner l'existence, donc de faire produire ses effets au divorce. En transportant à une autorité nouvelle le rôle de l'autorité ancienne, on lui a transmis aussi ses pouvoirs. Le mot a changé de place, dans les textes, il n'a pas changé de sens. Il y a substitution de fonctionnaires, voilà tout : la portée de la prononciation en elle-

même subsiste identique ; avant comme après 1886, elle détermine le moment de la dissolution du mariage. Bien au contraire, le souci du législateur de conserver le même terme dans son investiture aux tribunaux, affirme sa volonté de maintenir l'attribution telle qu'elle se comportait auparavant. Et cette idée se trouve consacrée dans l'article 252, 4° : si l'on ne transcrit pas dans les deux mois, le divorce est nul. Qu'est-ce à dire ? Sinon qu'il existait déjà, — car on ne conçoit de nullité que de ce qui existe, — qu'il avait déjà pris naissance, en vertu du jugement.

L'article 244, § 3, ne saurait atténuer la portée de ce raisonnement aux yeux de M. Soulié, la disposition de cet article est exceptionnelle, elle est motivée par ce fait que le but des époux était d'aboutir à la dissolution du mariage et que ce but est atteint, mais elle constitue une dérogation aux principes. La règle en cette matière se trouve dans l'article 252, § 3, qui accorde aux deux conjoints le droit de poursuivre la transcription du divorce, ce qui montre bien le caractère exceptionnel de l'article 244 qui défend au survivant de faire transcrire lorsque l'un d'eux est prédécédé. Or les travaux préparatoires montrent bien que le demandeur est seul maître de l'action, pendant tout le cours de l'instance, mais « fallait-il, dit M. Soulié, lui enlever (au défendeur) les moyens de poursuivre l'action engagée, lorsque le demandeur qui l'avait intentée peut-être sur un moment d'aigreur se repent et veut y renoncer ».

« La loi a agi sagement, seul le demandeur est maître de l'action, mais cette maîtrise a une fin : arrive un moment, aux termes de l'article 252, 3°, où ce n'est plus le seul demandeur qui a le droit de faire transcrire, ce

sont tous les deux également, gagnant et perdant. Que s'est-il donc passé? Il s'est produit un fait capital, essentiel, c'est que la sentence finale est rendue, le divorce est prononcé. Il s'est créé un état de droit nouveau, opposable, comme chose jugée, aux deux parties en cause; il y a un droit acquis pour les deux. Ce ne sont plus un demandeur et un défendeur, se sont deux divorcés. Il n'y a pas d'autre manière d'expliquer cette égalité de droit succédant à une inégalité antérieure: c'est que tout est fini, qu'il ne reste qu'une formalité accessoire à remplir pour exécuter ce droit acquis, et que chacun pourra accomplir, en vertu de ce droit acquis (1) ».

Et M. Soulié ajoute, en note, que le fait d'accorder au gagnant seul la prérogative de faire transcrire pendant le premier mois ne contredit pas son raisonnement, puisque dès le deuxième mois le perdant acquiert la même et égale aptitude et c'est alors tout comme s'il l'avait eue *ab initio*, du jour du jugement, car ce ne peut être d'autre chose que de ce jugement qu'elle procède et qu'il la tient.

La preuve, dit encore M. Soulié, c'est qu'en 1884, à l'époque où le divorce n'était prononcé que par l'officier d'état civil, le droit acquis au divorce résultait seulement de son œuvre, seul alors le demandeur pouvait encore poursuivre cette comparution devant le maire, avec la faculté implicite, en le négligeant, de ne pas rompre le lien conjugal; aujourd'hui tous deux ont qualité pour requérir la transcription: c'est que le rôle de l'officier d'état civil a changé, que le divorce existe déjà en dehors de lui et donne aux parties ce droit égal.

(1) Soulié, De la date de la dissolution du mariage par le divorce. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1889, t. XXIV, p. 256 et suiv.

Le demandeur, avant 1884, restait maître de l'action tant que le divorce n'était pas prononcé, la dissolution du mariage acquise, jusqu'à la comparution devant le maire. En 1886, on a conservé le principe, mais le moment qui sert de limite à cette maîtrise a changé. Pourquoi ? Pourquoi ne pas la prolonger jusqu'à la transcription ? Parce que l'acte qui détermine le divorce a changé ; c'était l'acte civil en 1884, c'est désormais le jugement ou l'arrêt qui consacre la dissolution du mariage : on ne pouvait maintenir au delà de ce moment où tout est terminé un principe qui devenait, par ce fait, sans application.

M. Soulié examine ensuite les travaux préparatoires ; il reconnaît que deux systèmes ont été développés, mais il affirme que le sien paraît l'avoir emporté. Sans doute l'exposé des motifs contient une phrase qui démontrerait péremptoirement que le divorce ne date que de la transcription du jugement. « Mais qu'est-ce que l'exposé des motifs, qu'on ne lit pas, dit M. Soulié, auprès de la discussion orale qui éclaire par le choc des opinions mêmes, et qui ne permet pas, quant à elle, de douter du parti tout relatif qu'on en voulait tirer ? Qui l'aurait connue, sans ce débat ? Et puis, comment concilier alors son opposition avec le sentiment formel du Garde des sceaux de qui émane, en nom, cet exposé des motifs ? »

La nécessité de publier le jugement, et non la transcription, ainsi que le demandait M. Griffe, constitue pour M. Soulié un nouvel argument en faveur de son système. « On ne ferait pas connaître aux tiers une chose qui n'aurait pas d'existence ! » dit M. Soulié.

Le reproche d'incertitude qui a été fait à son système

n'atteint pas non plus M. Soulié, ce reproche s'applique aussi selon lui à l'autre système ; cette incertitude est d'ailleurs la conséquence inévitable de toute action en justice. « Et loin d'y soustraire les tiers, dit M. Soulié, le système adverse n'a d'autre résultat que de prolonger cette situation de tout le temps qui sépare la transcription de la sentence judiciaire. Nous savons bien quel est l'argument adverse : on considère le divorce comme n'étant connu des tiers que par la transcription, et alors on a beau jeu de nous accuser, ajoute M. Soulié, puisque le divorce leur serait opposable depuis le jugement, sans savoir ce jugement. Ce serait juste, si c'était vrai. Mais la vérité est tout autre. La transcription n'est pas ici un mode de publicité, du moins dans son but essentiel ; en fait, on peut lui trouver ce rôle, mais ce n'est pas son objet direct. La publicité, le législateur a pris soin de l'organiser, et elle s'applique au jugement même (art. 250). Avec la publicité extra-juridique des bruits et potins, c'est la seule effective, car les registres de l'état civil sont peu consultés ».

Ce système, d'après M. Soulié, a l'avantage d'enlever aux parties le droit d'établir au gré de leurs intérêts ou de leur caprice le jour du divorce et de fermer la porte à la fraude, car le jugement a une date certaine qui s'impose à tous et qui même sera connue de tous puisque l'article 250 édicte une publicité efficace. « Les époux ne pourront plus avancer ou retarder la date, c'est la justice qui l'arrête ». Ce système fait cesser la situation pénible des époux dès que le jugement est rendu, enfin il évite toute discussion relative aux conséquences d'un retard dans la transcription dans le cas où ce retard n'est pas imputable aux parties.

« Ainsi, conclut M. Soulié, notre opinion se recommande autant de ses avantages pratiques que de sa valeur juridique : elle a pour elle les textes, les travaux préparatoires ; elle a pour elle, ce sera notre dernier argument, les principes de droit ».

Pour appuyer ce dernier argument, M. Soulié constate qu'un jugement attributif ou constitutif d'un état nouveau ne peut produire effet que du jour de leur prononciation à moins d'un texte contraire dérogeant à ce principe, ce qui n'existe pas dans l'espèce.

En somme, d'après M. Soulié, la transcription sur les registres de l'état civil n'est qu'une voie d'exécution spéciale à la matière de l'état civil ; le maire remplit le rôle d'un agent d'exécution comme il le fait en matière de jugement rectificatif, de nullité du mariage, en matière de jugement d'adoption. La transcription n'affecte même pas le caractère d'un organe de publicité pour avertir les tiers puisque c'est le jugement qui est publié en vertu de l'article 250. Ce qui prouve d'ailleurs qu'en transcrivant un jugement, on le ramène à exécution, c'est que le jugement est surtout signifié au maire « parce que c'est lui qui doit y faire droit, l'exécuter » et que, aux termes de l'article 252, il faut joindre à cette signification les certificats énoncés en l'article 548 du Code de procédure civile et qui sont exigés toutes les fois que c'est un tiers qui est chargé d'exécuter.

« Sans doute, conclut M. Soulié, tant que le jugement n'est pas exécuté par la transcription, on ne saurait s'en prévaloir ; comme dans le droit commun, on ne peut, à défaut d'exécution volontaire, tirer parti de la sentence que par l'exécution légale, ici où le consen-

tement mutuel n'est admis à aucun degré, on est bien forcé, afin de se procurer le bénéfice effectif du jugement, afin de réaliser l'état de droit qu'il tend à établir, de recourir au seul moyen indiqué par la loi. — Et c'est à quoi nous faisons allusion au début, en disant que la transcription est indispensable au divorce, mais qu'elle ne lui donne pas l'existence ; c'est aussi en ce sens que l'article 244 *in fine* parle de « jugement devenu *irrévo- cable* par la transcription » : on a songé à nous opposer ce mot, on voit sa signification ! — mais une fois devenu ainsi parfait, ce n'est pas du jour de l'exécution qu'il produit effet : ce serait du jour de la demande s'il était déclaratif, c'est du jour de sa prononciation quand, et tel est le divorce, il est attributif c'est-à-dire constitutif d'un état nouveau ».

M. Demangeat estime que M. Soulié a soutenu avec beaucoup de force que c'est la date du jugement ou de l'arrêt qu'il faut considérer comme point de départ de la dissolution du mariage. « J'incline vers cette dernière opinion, dit-il, tout en reconnaissant que la question est des plus délicates. Sans doute, dans l'*Exposé des motifs* de la loi de 1886, il était dit, à propos de la mission donnée à l'officier de l'état civil : « La nature de la formalité exigée est seule modifiée, les effets de la formalité subsistent ». Mais, dans la discussion à laquelle prennent part plusieurs sénateurs et le ministre de la justice, cette proposition a été absolument méconnue et M. Paris va jusqu'à dire qu'elle a été écrite par inadvertance (1) ».

C'est à ce système que la Cour de Limoges s'était tout

(1) Demangeat sur Mourlon, *Répétitions écrites sur le Code civil*, t. I (13^e édit., 1896), p. 468, note.

d'abord ralliée dans son arrêt du 26 novembre 1887 (1). La Cour de Limoges avait admis comme un axiome, sans motiver sa décision, que, si un jugement de divorce est transcrit sur les registres de l'état civil du lieu où le mariage a été célébré, dans les délais voulus par la loi, il remonte, quant à ses effets entre époux dans leurs rapports personnels, au jour de la prononciation et que les époux sont réputés divorcés à dater de ce jugement. Elle en tirait cette conséquence que l'existence du délit d'adultère commis après le jugement était subordonnée au défaut de transcription dans les délais légaux et par suite qu'un tribunal saisi d'une poursuite en adultère devait surseoir à statuer jusqu'à l'expiration des délais de transcription, après quoi : ou la transcription était faite et l'adultère n'avait pu se produire puisque les époux étaient réputés divorcés depuis le jour du jugement, ou la transcription n'était pas faite et alors l'adultère devait être réprimé puisque le divorce était nul et non avenu.

Voici la décision de la Cour de Limoges du 26 novembre 1887 :

« LA COUR ; — Attendu que Denise Coudart, femme Boireau, ne comparait pas, quoique régulièrement citée ; qu'il y a lieu de donner défaut contre elle ; — Au fond : — Attendu que les deux prévenus sont appelants d'un jugement du tribunal correctionnel de Limoges, du 10 août 1887, qui les a condamnés, savoir : Denise Coudart à vingt jours de prison, pour avoir commis, le 9 août 1887, à Limoges, le délit d'adultère, et Raillard à la

(1) Sirey, 1889.2.130.

(2) Cour de Limoges, 26 novembre 1887. Sirey, 1889.2.130.

même peine, pour s'être rendu complice du même délit ; — Attendu que le fait du 9 avril 1887 n'est pas contesté par les prévenus ; qu'il résulte en effet d'un procès-verbal dressé à cette date par le commissaire de police, à la suite d'une plainte du sieur Boireau, mari de la prévenue, qu'ils ont été surpris le même jour, à quatre heures du matin, par cet officier de police judiciaire, cohabitant dans une chambre n'ayant qu'un lit occupé par eux ; mais qu'il est établi par une lettre de M. le procureur de la République de la Rochelle, du 10 août dernier, que, dès le 3 août 1887, il était intervenu un jugement contradictoirement rendu par le tribunal de la Rochelle, qui prononce le divorce des époux Boireau à la requête du mari ; — Attendu que, si ce jugement de divorce est transcrit sur les registres de l'état civil du lieu où le mariage a été célébré, dans les délais voulus par la loi, il remontera, quant à ses effets entre les époux Boireau dans leurs rapports personnels, au jour de la prononciation, et lesdits époux seront réputés divorcés depuis le 3 août dernier ; par suite, Denise Coudart, en ayant eu, le 9 du même mois, des relations sexuelles avec Raillard, n'aurait pas commis le délit d'adultère, et Raillard ne se serait pas rendu complice du même délit ; que si, au contraire, les parties n'ont pas requis la transcription du jugement dans le délai de deux mois à partir du jour où il sera devenu définitif, le divorce sera considéré comme nul et non avenu, et dans ce cas, la femme Boireau se trouverait avoir commis le délit d'adultère, et Raillard aurait été complice du même délit ; que, dans ces conditions, il y a lieu provisoirement de surseoir à statuer jusqu'au jour où la procédure du divorce sera en état ;

Par ces motifs ; — Dit qu'il n'y a lieu de retenir en l'état, et sur le simple appel des prévenus, les faits d'adultère et de complicité d'adultère qui ont pu être commis par eux les 1^{er} et 2 août 1887 ; — Et, avant de statuer sur le chef qui a donné lieu au jugement de condamnation du 10 août 1887, dont est appel ; — Dit qu'il y a lieu d'attendre que la procédure de divorce pendante entre les époux Boireau soit mise en état, etc. ».

Le tribunal de Versailles, sans fournir plus de motifs de sa décision, a fait aussi application de ce système dans un jugement du 14 août 1889.

Voici l'exposé des faits (1) :

La séparation de corps prononcée en 1887 entre les époux X... a été convertie en divorce par un jugement du 24 novembre 1887, qui a été transcrit en mars 1888 sur les registres de l'état civil. Le 28 août 1888, soit 274 jours après le jugement de conversion, l'épouse divorcée de M. X... a mis au monde un enfant. Au moment de la déclaration de la naissance de l'enfant, M. M... s'est présenté pour le reconnaître comme son enfant naturel ; l'officier de l'état civil s'est refusé à recevoir cette reconnaissance, par le motif que l'enfant, étant de relations adultérines, ne pouvait être reconnu. D'autre part, M. X... a intenté une action en désaveu, fondée sur les dispositions de l'article 313, § 2, du Code civil. Un tuteur *ad hoc* a été nommé pour défendre à cette instance. Dans l'intérêt de l'enfant, il a été soutenu que la demande en désaveu n'était pas recevable, la présomption de légitimité, que l'action en désaveu a pour objet de détruire, n'existant pas dans l'espèce. En

(1) Tribunal de Versailles, 14 août 1889. Sirey, 1890.2.95.

effet, disait-on, la dissolution du mariage est produite, non par la transcription du jugement de divorce sur les registres de l'état civil, mais par le jugement lui-même. L'enfant, à la vérité, était né 274 jours (plus de neuf mois) après le jugement de divorce ; mais la présomption d'après laquelle l'enfant né dans les 300 jours de la dissolution du mariage est légitime (C. civ., 315), n'est édicté qu'en faveur de l'enfant et dans son intérêt ; et elle ne peut lui être opposée pour le faire déclarer enfant adultérin, lorsque, l'époque de sa conception pouvant normalement se placer après la dissolution du mariage, la présomption de légitimité n'aurait d'autre effet que d'enlever à l'enfant le bénéfice d'une autre filiation résultant d'une reconnaissance de paternité, ce qui était le cas de l'espèce, l'enfant étant né plus de neuf mois après le divorce et ayant été, lors de sa naissance, l'objet d'une déclaration de paternité, à laquelle la résistance seule de l'officier de l'état civil n'avait pas permis de donner le caractère d'une reconnaissance régulière.

« LE TRIBUNAL ; — Attendu que le jour du prononcé du jugement de divorce sur conversion doit être considéré comme le point de départ du délai de viduité établi par les articles 228 et 296 du Code civil, et comme marquant le jour de la dissolution du mariage, à la condition que la transcription du dit jugement ait été effectuée avant l'événement dont l'importance est de nature à motiver cette double considération ; — Attendu que le jugement prononçant le divorce entre les époux X... a été rendu le 24 novembre 1887 ; qu'il a été transcrit en mars 1888 sur les registres de l'état civil ; que le mineur J. P... est né le 28 août 1888, soit 274 jours

après le prononcé du divorce ; — Attendu que la présomption de conception pendant le mariage, basée sur le calcul de la gestation la plus longue, peut se trouver en conflit avec une autre présomption qui attribuerait à l'enfant soit une autre conception légitime, soit une conception hors mariage basée sur le calcul de la gestation normale ; que la présomption légale de l'article 315, laquelle a été édictée dans l'intérêt de l'enfant, doit, dans le cas où elle aboutirait à l'établissement d'une situation adultérine, s'effacer devant la présomption de l'autre filiation, soit légitime, soit même naturelle, laquelle présente le double avantage d'offrir à l'enfant une situation préférable, et d'être plus conforme avec les lois de la nature ; qu'il en est ainsi dans l'espèce, la conception et la naissance du mineur J. P... se plaçant après le 24 novembre 1887, date de la dissolution du mariage ; que, d'une part, les conséquences des jugements de séparation de corps et de divorce rendraient critique la position du mineur dans l'instance en désaveu de paternité introduite par X... ; que, d'autre part, le mineur est sur le point de recueillir le bénéfice d'une reconnaissance de paternité naturelle qu'un tiers a manifesté la volonté d'accomplir, et qui serait déjà accomplie sans les scrupules de l'officier de l'état civil ; — Par ces motifs ; — Dit et déclare que le mineur J. P..., fils de L. M..., épouse divorcée de X..., étant conçu et né hors du mariage, n'est pas le fils de ce dernier ; — Déclare en conséquence la demande en désaveu sans objet ; — Dit et ordonne que, sur le vu de la signification du présent jugement, le maire sera tenu de l'inscrire en marge de l'acte de naissance du dit mineur, etc.

Enfin le 31 janvier 1895, le tribunal correctionnel de Saint-Yrieix a rendu le jugement suivant :

« LE TRIBUNAL ; — Attendu que le tribunal est saisi d'une poursuite en adultère contre Mme D..., épouse séparée de corps de L. M..., et contre son complice, le nommé D... ;

Attendu que les prévenus demandent qu'il soit sursis à procéder et à statuer jusqu'après l'instance en divorce pendante devant la Cour de Limoges entre Mme D... et L. M..., son mari ; que le ministère public déclare ne pas s'opposer au sursis ;

Attendu que, pour établir le délit, la poursuite paraît s'appuyer sur les constatations opérées par la gendarmerie le 11 novembre dernier, mais que, si le jugement ayant prononcé le divorce rendu par le tribunal civil de Limoges le 10 août précédent est confirmé et devient définitif par la transcription, le délit d'adultère n'existerait pas, puisque le fait serait postérieur à la date de ce jugement ; qu'il importe donc d'attendre la décision de la Cour ;

Par ces motifs, etc. (1) ».

Signalons enfin une circulaire du procureur de la République près le tribunal de la Seine, signée de M. O. Bernard, procureur de la République et, pour copie conforme, de M. L. Ayrault, substitut délégué, qui admettait le même système : « Le délai dans lequel la femme divorcée peut se remarier est fixé par l'article 296 qui dispose que « la femme divorcée ne pourra se remarier que dix mois après que le divorce sera devenu définitif ». Sous l'empire de la loi du 27 juillet 1884, ce délai

(1) Sirey, 1895.2.297.

ne pouvait commencer à courir qu'à compter de l'acte même de célébration du divorce ; mais cette situation a été modifiée par la loi du 18 avril 1886. Désormais, ce n'est plus l'officier de l'état civil, c'est le tribunal qui prononce le divorce, et j'estime que le point de départ du délai de dix mois fixé par l'article 296, doit être le jour du jugement, à la condition, bien entendu, que le jugement soit devenu définitif, avant qu'il soit procédé à une nouvelle union (1) ».

En somme, les arguments invoqués en faveur de ce système peuvent se résumer ainsi :

1° Le divorce est *prononcé* par l'autorité judiciaire ;

2° Il y a, pour justifier cette innovation, un motif de fait (résultant des scandales) et un motif de droit (résultant de ce que la comparution devant l'officier d'état civil ne se conçoit qu'avec le divorce par consentement mutuel) ; ce qui montre bien que la transcription n'a que la valeur d'un enregistrement ;

3° Le divorce est considéré comme nul et non avenu à défaut par les parties d'avoir requis la transcription dans les deux mois (art. 252, § 4) ; donc il existait et la transcription doit être considérée comme une condition suspensive qui, à son arrivée, engendrera rétroactivement l'existence du divorce ;

4° L'article 244, § 3, qui déclare éteinte l'action en divorce en cas de décès de l'un des époux survenu avant que le jugement soit devenu irrévocable par la transcription sur les registres de l'état civil, n'est pas très probant ; ses expressions sont vicieuses, elles reflètent un emprunt à la jurisprudence en matière de séparation

(1) Circulaire du parquet de la Seine aux maires du ressort, Paris, 25 juillet 1887, p. 10.

de corps, d'ailleurs elle constitue une règle spéciale ;

5° Le jugement a une date certaine, au contraire la date de la transcription est incertaine. Après la réquisition même, l'officier de l'état civil a cinq jours pour faire transcrire ;

6° Les travaux préparatoires de l'article 251 surtout montrent que « l'œuvre véritable est faite par les tribunaux », que « la situation est fixée » par la décision judiciaire, et qu'on n'a pas voulu « maintenir une disposition qui était, en somme, une exception à ce principe qui veut qu'un jugement ou arrêt définitif emporte l'exécution immédiate ».

7° Enfin les principes montrent que la transcription n'est qu'une voie d'exécution spéciale à la matière de l'état civil, analogue à l'inscription de l'arrêt d'adoption ou de tout acte rectificatif de l'état civil.

Malgré la solidité apparente de ces divers arguments, nous ne croyons pas devoir accepter ce système et voici les motifs de notre décision :

Le premier argument est très spécieux et on comprend mal qu'un jugement qui crée un état de droit ne puisse pas faire naître ce droit à la date du jugement. Ce serait la solution la plus logique, nous l'avons dit plus haut.

Mais est-ce la solution adoptée par la loi ?

Non, les explications de M. Labiche qui a combattu au Sénat la réforme accomplie en 1886 le montrent bien. « Avec le nouveau système, disait-il, c'est en réalité l'autorité judiciaire qui prononcera définitivement ; mais ce qui semble une *anomalie* avec ce système c'est que l'exécution de la décision restera subordonnée à l'accomplissement d'une formalité d'enregistrement ».

Tout le rapport de M. Labiche montre bien que la ma-

majorité de la Commission ne s'est pas méprise sur l'importance de la transcription, telle qu'elle était conçue dans l'*exposé des motifs*, puisque ce n'est qu'après une vive discussion que la transcription a été acceptée et les explications de M. Labiche, soit comme rapporteur, soit comme opposant, laissaient si peu de doute dans l'esprit des auditeurs que M. de Gavardie en arrivait à attribuer à la transcription (condition substantielle) l'effet d'un jugement (acte créateur). « Cette simple transcription, comment pourrait-elle effacer un acte qui est né de la puissance même de la loi ? Car enfin, depuis quand avez-vous vu qu'une transcription pût annuler un acte (le mariage) ? ». M. de Gavardie allait trop loin ; le divorce est bien créé par le jugement, mais, jusqu'à la transcription, il ne produit aucun effet et bien plus c'est la transcription qui lui assure l'existence, car sans transcription le jugement est censé n'avoir jamais existé. C'est une anomalie, mais la loi est formelle ; nous devons la respecter.

Le second argument n'est pas plus probant. Sans doute la loi de 1792 avait une influence très grande sur les formes du divorce, mais le Code civil et la loi de 1884 admettaient bien l'intervention de l'autorité judiciaire, ce qui ne les empêchait pas de renvoyer les parties devant l'officier d'état civil pour faire prononcer le divorce.

Ainsi que le fait observer M. Hitier : « Cet argument ne porte pas ; il faudrait, pour qu'il ait une valeur, que le divorce par consentement mutuel eût exclu toute intervention de la justice. Alors on pourrait dire : l'officier de l'état civil était nécessairement appelé à prononcer le divorce, parce qu'il fallait une autorité quelconque

qui prononçât le divorce. Mais cette intervention de l'officier de l'état civil n'était nullement indispensable ; puisque la justice était nécessairement saisie, elle eût pu prononcer le divorce sans renvoyer à l'officier de l'état civil. Il est donc faux de représenter comme associées ces deux idées : divorce par consentement mutuel et prononciation par l'officier de l'état civil, pour conclure que la suppression de la première conduit à la suppression de l'autre (1) ».

Le troisième argument n'est pas meilleur. Les mots : nul et non avenue ne signifient pas du tout que le divorce ait existé, ils signifient que, malgré la sentence judiciaire qui le prononce et qui est un fait qu'on ne peut évidemment pas contester, le divorce n'aura pu naître faute de transcription ; sans vouloir pousser trop loin la subtilité du langage, nous pouvons faire remarquer que non avenue veut dire : non arrivé et nul peut signifier inexistant. Quant à justifier cet effet rétroactif en considérant la transcription comme une condition suspensive, il n'y faut pas songer. Nous avons déjà cité l'opinion de M. Laurent à ce sujet (2) : un état conditionnel ne se conçoit pas en matière de questions d'état.

La Cour de Limoges avait cependant basé sa décision du 26 novembre 1887 sur cet effet suspensif et avait déclaré qu'il fallait surseoir à statuer jusqu'à ce que la transcription eût été opérée, mais ainsi que le fait observer M. Huc : « l'étrangeté de la conséquence était bien faite pour mettre en relief la fausseté de la règle posée ; comment le même fait pourra-t-il constituer ou ne pas

(1) Hitier, *Le développement de la jurisprudence en matière de divorce*, p. 50.

(2) Voir plus haut, p. 32.

constituer un adultère, suivant qu'une transcription sera ou ne sera pas accomplie ? Le mariage ne peut être contracté ni dissous conditionnellement. Il ne peut pas exister un trait de temps pendant lequel il serait impossible de savoir si les époux sont ou ne sont pas mariés (1) ».

M. Hitier fait aussi remarquer combien il serait déplorable que l'imputabilité de la conduite des époux, au point de vue pénal, fût à la merci des conjoints (2); suivant qu'il y aurait ou non réalisation de la condition, il y aurait ou non application des peines d'adultère, application de l'article 380, sur le vol entre époux, qui ne donne lieu qu'à des réparations civiles. Dans l'affaire qui a motivé l'arrêt de Limoges du 26 novembre 1887, le divorce avait été prononcé contre la femme, c'est elle qui était ensuite poursuivie pour adultère, il dépendait d'elle si son mari ne faisait pas transcrire de se soumettre ou non aux peines de l'adultère en faisant ou non transcrire l'arrêt de divorce dans le deuxième mois.

En admettant même que la transcription pût être considérée comme une condition suspensive de l'existence du divorce, il n'en résulterait pas nécessairement que le divorce dût exister rétroactivement. Nous savons qu'en matière de legs, « aucune fiction de rétroactivité ne fait remonter la propriété du légataire à une époque antérieure à l'arrivée de la condition (3) ». Il en serait de même dans notre matière, car, pour diverses raisons dont la principale est l'espoir d'une réconciliation, le

(1) Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil* (1892), t. II, n° 394, p. 423.

(2) Hitier, *op. cit.*, p. 52.

(3) Bufnoir, *Théorie de la condition*, p. 374.

législateur a voulu, même après la sentence judiciaire, laisser aux époux le moyen de ne pas profiter de la liberté qui leur est donnée et c'est là une raison péremptoire qui établit bien que la dissolution du mariage n'a lieu qu'au jour de la transcription : le *dies cedens* ne se produit qu'à ce jour, et sans rétroactivité. Qu'il n'y ait pas de rétroactivité, cela ne peut faire doute : il suffit, pour s'en convaincre, de remarquer que l'article 252, § 5, limite la rétroactivité avec soin dans des limites spéciales. Le législateur eût-il jugé à propos d'émettre une règle restrictive spéciale s'il avait voulu admettre la rétroactivité d'une manière générale ? Nous ne le croyons pas.

Le quatrième argument est plus faible encore. Il importe peu de savoir si « la loi eût méconnu le but qu'elle poursuivait si elle avait accordé à l'époux survivant le droit de faire transcrire, ainsi que le dit M. Danion, parce que, si l'époux décédé avait vécu, une réconciliation se serait peut-être produite ». Ceci expliquerait simplement les motifs de la loi. Il importe peu de savoir si la règle de l'article 244 est spéciale, ainsi que le dit M. Soulié, ou non. Il faut examiner l'article 244 en lui-même pour savoir ce qu'il contient, or cet article dispose que l'action en divorce s'éteint par le décès d'un époux, survenu avant la transcription. « Par conséquent, dit M. Huc, celui qui décède après avoir obtenu un jugement de divorce, mais avant la transcription de ce jugement, a encore au moment de son décès la qualité d'individu marié ; si donc il a été qualifié, dans l'acte de décès, d'époux divorcé cet acte doit être rectifié (1) ».

(1) Huc, *op. cit.*, t. II, n° 394, p. 422.

M. Colmet de Santerre dit aussi : « C'est le jugement lui-même qui est considéré comme non venu, puisque le mariage est dissous par la mort, ce qui prouve bien que ce mariage existait encore (1) ».

Le cinquième argument s'appuie sur l'incertitude de la date à laquelle sera faite la transcription et par suite à laquelle aura lieu la dissolution du mariage. Mais d'abord l'incertitude n'est pas aussi grande qu'on le prétend, car ce n'est pas dans les cinq jours, comme le disait M. Danion, mais le cinquième jour après la réquisition que l'officier d'état civil doit faire transcrire le jugement ou arrêt de divorce. Il est vrai que les époux divorcés ont deux mois pour remplir cette formalité et que, dans ce délai de deux mois, ils pourront choisir leur jour, mais, ainsi que le faisait observer M. Allou : « Ce sera la situation de tous les débats judiciaires ». D'ailleurs, dit très bien M. Coste : « l'inconvénient n'est pas plus grand que lorsque le mariage prend fin par le décès de l'un des époux ; l'époque du décès n'est pas moins incertaine que celle de la transcription. Le danger n'est pas là ; il est dans la rétroactivité qui pendant une période de temps plus ou moins longue tient en suspens l'état des époux et la validité de leurs actes, doute funeste qui supprime toute sécurité dans les relations sociales (2) ». Le système de la rétroactivité au jour du jugement présente donc beaucoup plus de dangers au point de vue de la situation incertaine des parties que le système de la dissolution du mariage par la transcription sans rétroactivité.

(1) Colmet de Santerre, *Cours analytique du Code civil*, t.I (3^e édition, 1895), 378 bis, IV, p. 537.

(2) Coste, *Point de départ des différents effets du divorce* (thèse de Doctorat).

Le sixième argument, qui s'appuie sur les travaux préparatoires de l'article 251, n'est pas plus solide. M. Allou a bien dit : « Les juges ont rendu un arrêt, voilà la situation fixée ; est-ce qu'il n'y a pas même là une certaine dignité pour la justice, à s'arrêter à la décision qu'elle a prise ? Est-ce que l'œuvre véritable n'est pas faite par les tribunaux ? Et cette décision ne serait qu'une décision d'attente, qui se complèterait en s'affirmant par l'intervention du magistrat administratif ? Ce n'est pas possible ! » M. Brisson a bien dit : « Pourquoi maintenir une disposition qui est, en somme, une exception à ce principe qui veut qu'un jugement ou arrêt définitif emporte l'exécution immédiate ? » Mais, quand ils ont ainsi parlé, ils répondaient aux objections de M. Labiche qui, en son nom personnel, critiquait la suppression de la prononciation du divorce par l'officier d'état civil (1). Pour connaître exactement la portée des paroles des orateurs précités il ne faut pas séparer leurs observations des critiques de M. Labiche. Or voici ce que MM. Brisson et Allou entendaient dire à M. Labiche : vous voulez qu'après décision de l'autorité judiciaire les parties soient renvoyées devant l'autorité administrative ? Pourquoi faire de cette décision judiciaire une décision d'attente qui se complèterait en s'affirmant par l'intervention du magistrat administratif ? Ne vaut-il pas mieux revenir au principe qui veut qu'un jugement ou arrêt emporte exécution immédiate ? L'œuvre véritable n'est-elle pas faite par les tribunaux ? Et ils concluaient en disant qu'il valait mieux laisser aux tribunaux le droit de prononcer le divorce et de donner à

(1) Voir plus haut, p. 24 et p. 25.

cette décision le pouvoir de fixer désormais la situation.

Mais ces paroles sont-elles en contradiction avec l'exposé des motifs qui nous dit que « la nature de la formalité exigée est seule modifiée ; les effets de la formalité subsistent », avec le rapport de M. Labiche qui reproduit la même phrase et développe l'idée ?

Il est vrai que Soulié croit que l'exposé des motifs, qu'on ne lit pas, dit-il, n'est rien auprès de la discussion orale. Mais c'est là se faire une étrange idée des travaux parlementaires, et l'erreur est d'autant plus grave dans l'espèce que M. Labiche, rapporteur, a insisté d'une manière toute spéciale sur la discussion qui aurait eu lieu dans le sein de la Commission.

M. Danion, de son côté, prétend que la question de la rétroactivité n'a pas été spécialement étudiée dans les travaux préparatoires.

Nous croyons au contraire que les travaux préparatoires, discussion, rapport ou exposé des motifs, nous révèlent de la manière la plus formelle l'intention du législateur.

Évidemment c'est la sentence judiciaire qui prononce le divorce, qui crée le divorce ; mais, si la transcription n'est pas faite dans un délai déterminé, le jugement n'existe pas, il n'a jamais existé, le divorce est non avenu. Il n'y a rien de contraire à cette affirmation dans la discussion de M. Labiche avec MM. Brisson et Allou.

M. Soulié et M. Demangeat citent encore un passage de la discussion, dans lequel M. Paris affirmait que la phrase de l'exposé des motifs qui nous apprend que « la nature de la formalité seule a été modifiée mais que les effets subsistent », « a été écrite par inadvertance » ; et ils attachent à cette déclaration une importance capi-

tale. Mais c'est là une erreur grave ; la déclaration de M. Paris n'a que la valeur d'une critique individuelle ; M. Paris attaquait le paragraphe 3 de l'article 252 ; pour se rendre compte de la valeur de son observation, il suffit de se reporter à la réponse qui lui a été faite par M. Griffé et par M. Léon Renault. Nous ne reproduirons de leur réponse que la partie relative à notre question : « Ce qui fait le droit des parties, ce n'est pas la transcription, c'est la décision judiciaire elle-même irrévocable ». Mais « il faut que la date de la dissolution du mariage soit irrévocablement fixée et constatée, car les tiers ont intérêt à la connaître. C'est la transcription qui la fixe (1) ».

Cette discussion, les paroles de M. Labiche, celle de M. Gavardie que nous avons citées plus haut, nous démontrent donc d'une façon péremptoire que les législateurs n'ont jamais voulu faire produire à la transcription un effet rétroactif.

Quant au septième argument, il se base sur ce que la transcription est une voie d'exécution spéciale à la matière de l'état civil, et M. Soulié nous dit que c'est le système qui fonctionne en matière de jugements rectificatifs, de nullités de mariage, en matière de jugements d'adoption.

Cet argument est très spécieux, mais il est le résultat d'une confusion.

Quand il s'agit d'un jugement rectificatif de l'état civil qui est déclaratif, la transcription est en réalité une voie d'exécution, mais pourquoi ? parce que l'objet du jugement est précisément une rectification d'un acte,

(1) Sénat, séance du 12 décembre 1885. Sirey, *Lois annotées*, 1886, p. 57, n° 34.

l'exécution consiste naturellement dans l'inscription du jugement rectificatif sur les registres d'état civil.

On pourrait faire le même raisonnement pour les jugements de nullités de mariage qui sont en somme déclaratifs.

Mais il n'en est plus de même en matière d'adoption. Il suffit, pour s'en convaincre, de se reporter aux déclarations des législateurs de 1803. L'inscription sur les registres de l'état civil a été présentée comme un correctif au secret de l'instruction judiciaire qui aboutit à l'arrêt d'adoption ou à son rejet.

« La procédure, disait Berlier dans l'exposé des motifs présenté au Corps législatif, doit être secrète et les jugements rendus sans énonciation de motifs ; car si les tribunaux sont appelés à rejeter quelquefois en cette matière des demandes imprudentes faites par des hommes sans mœurs, il serait sans utilité de les mulcter par une fâcheuse publicité ».

« Cette publicité commencera quand le tribunal d'appel aura admis l'adoption. C'est alors aussi que l'adoption devra être portée sur les registres de l'état civil et qu'elle sera véritablement accomplie ».

Le Tribun Gany disait aussi dans la discussion au Corps législatif : « La chose ne devient publique que lorsque l'adoption est définitivement admise et il y a à cela deux intérêts : 1° faire connaître au public un changement dans l'état de 2 citoyens et 2° faire que ce qui tient à l'état des hommes ne reste pas longtemps incertain et ne soit pas sujet aux variations ou aux caprices des individus ; c'est par cette raison que l'adoption reste sans effet, si dans les 3 mois du jugement elle n'est inscrite sur les registres de l'état civil du lieu du domicile de l'adoptant ».

Il est impossible de voir dans cette mesure de publicité une voie d'exécution ; une voie d'exécution aboutit à l'exécution de l'objet du jugement, peut-on dire que l'objet du jugement d'adoption est de faire inscrire l'arrêt sur les registres de l'état civil ?

Ce que nous avons dit de l'adoption s'applique *a fortiori* au divorce, car, ici, il ne s'agit plus d'une décision judiciaire homologuant un contrat préexistant, mais d'une décision judiciaire constituant un état nouveau.

Peut-on dire que la transcription est une voie d'exécution de cet état nouveau ? Non, la transcription est une mesure de publicité destinée à faire connaître cet état nouveau, mais, si elle permet d'arriver à l'exécution, si elle est nécessaire même pour que l'exécution soit possible, elle n'est pas une voie, un moyen d'exécution.

Troisième système. — Le jugement de divorce produit ses effets, non à dater de la demande sauf application restrictive de l'article 252, § 4, ni à dater du jugement, mais à dater de la publication du jugement.

L'article 250 du Code civil modifié par la loi du 18 avril 1886 prescrit en effet la mesure de publicité suivante : « Extrait du jugement ou de l'arrêt qui prononce le divorce est inséré aux tableaux exposés tant dans l'auditoire des tribunaux civils et de commerce que dans les chambres des avoués et des notaires, — Pareil extrait est inséré dans l'un des journaux qui se publient dans le lieu où siège le tribunal, ou, s'il n'y en a pas, dans l'un de ceux publiés dans le département (1) ».

(1) Il faudrait, en outre, si le mari était commerçant, se conformer à l'article 66 du Code de commerce et, dans tous les cas, il est probable que ces mesures de publicité doivent être faites conformément à l'article 872 du Code de procédure civile.

« La publication du jugement, dit M. Paul Pic, est prescrite dans l'intérêt des tiers, or si le jugement dûment transcrit ne devait pas rétroagir au jour de la publication, quel danger y aurait-il eu pour les tiers à ce que le jugement fût tenu clandestin ? Il eût suffi de prévenir le public dans un délai déterminé après la transcription ? (1) »

Ce système aurait pu trouver un point d'appui assez ferme dans la législation de 1792.

Aux termes de l'article 11 du décret du 20 septembre 1792 (§ III. Effets du divorce par rapport aux époux) : « Tout acte de divorce sera sujet aux mêmes formalités d'enregistrement et publication, que l'étaient les jugements de séparation ; et le divorce ne produira, à l'égard des créanciers des époux, que les mêmes effets que produisaient ces séparations de corps ou de biens ».

Mais il suffit d'examiner les travaux préparatoires de la loi de 1886 pour constater que cette exigence de la publicité du jugement n'a plus la même portée que dans la législation de 1792 et qu'elle a pour unique but de prévenir les tiers qu'un changement dans la situation des époux va *peut-être* se produire, qu'il est imminent que les époux dans tous les cas ont le droit de transformer définitivement leur situation par le seul fait d'une transcription qu'ils peuvent requérir dans un délai déterminé par la loi. C'est une mesure de publicité préventive, si l'on peut s'exprimer ainsi.

Il nous paraît indispensable de nous reporter à la discussion qui a eu lieu au Sénat à ce sujet le 22 décembre 1885.

(1) Paul Pic, *Jurisprudence du divorce*, février 1887, p. 38.

M. Griffe contesta l'utilité de cette publicité du jugement, puisque le divorce ne devient définitif que par la transcription sur les registres de l'état civil.

M. Labiche, rapporteur, lui répondit en ces termes : « La commission extraparlamentaire a pensé qu'il n'était pas indifférent de prévenir les tiers de l'existence d'une action qui vraisemblablement -- je dis « vraisemblablement », je pourrais dire « presque toujours » — allait aboutir à une séparation des intérêts des époux. Engénéral, en effet, on ne poursuit pas les demandes en divorce pour laisser les jugements obtenus avec tant de peine tomber en désuétude. Votre commission a pensé également que, quand la désunion des époux avait déjà reçu la consécration de justice, il était intéressant pour les tiers de savoir que, dans un temps qui ne peut être très éloigné, puisque le délai maximum où le divorce deviendra irrévocable est de deux mois, la séparation d'intérêts des époux pouvait devenir un fait accompli. Donc, si la publicité dont il s'agit n'est pas toujours indispensable, il faut reconnaître que dans bien des cas elle peut être au moins utile, afin de sauvegarder les droits des tiers ; votre commission a donc été d'avis qu'il n'était pas superflu d'insérer dans la loi la disposition qu'elle propose à votre approbation »..

« Cela n'est pas inutile, dites-vous, réplique M. Griffe ; mais enfin à quoi sert-il ? Pas inutile, ce n'est pas une raison ; montrez-moi à quoi cela est utile ».

M. Labiche, rapporteur : « Il est certain que le divorce va amener une situation légale absolument différente ; il est incontestable que l'état civil va se trouver abso-

(1) Séance du Sénat, 22 décembre 1885, *Journal officiel*, 23 décembre, *Débats parlem.*, p. 1302.

lument modifié, et qu'il est bon que les tiers soient prévenus que l'on est à la veille de la consécration de cette situation nouvelle par la transcription sur les registres de l'état civil. La commission me paraît donc avoir raison de penser que, si la publicité prescrite n'est pas toujours indispensable, elle ne risque jamais d'être préjudiciable, et peut dans bien des cas présenter des avantages importants ».

Il serait vraiment extraordinaire que la loi ait voulu faire remonter les effets du divorce au jour de la publicité du jugement ; d'abord elle ne le dit nulle part, ensuite les travaux préparatoires ne semblent attribuer à cette mesure de publicité que le caractère d'une mesure préventive, enfin la loi n'a indiqué aucune sanction au défaut de publicité et on ne pourrait ici appliquer par analogie l'argument *a contrario* tiré de l'article 873 du Code de procédure d'après lequel, si les formalités de publicité n'ont pas été observées, les créanciers du mari sont reçus, même après l'expiration du délai d'un an, à se pourvoir par tierce opposition contre le jugement de séparation, la tierce opposition ne pouvant être admise en matière de divorce, où les intérêts moraux dominent les intérêts pécuniaires.

M. Carpentier propose, comme sanction de cette disposition, de reconnaître à l'officier d'état civil la faculté de surseoir à la transcription du jugement, jusqu'à ce qu'il lui ait été justifié que les mesures de publicité ont été remplies. « Bien que la loi ne fixe en aucune façon le délai dans lequel doivent être remplies les mesures de publicité prescrites par l'article 250 et qu'aucun texte ne réprime le fait de l'officier de l'état civil qui aurait transcrit un divorce sans s'assurer de leur observation,

..... il est inadmissible qu'une prescription légale analogue à celle qui nous occupe soit dépourvue de sanction » (1).

M. Colmet de Santerre propose une sanction plus efficace et moins arbitraire : En ce qui concerne l'officier de l'état civil, la sanction consisterait dans l'application de l'article 50 du Code civil auquel renvoie d'ailleurs l'article 252, § 2; l'officier d'état civil encourrait une amende, des mesures disciplinaires et, en outre, s'exposerait au civil à des dommages-intérêts envers les parties si elles éprouvaient quelque préjudice par son fait ou sa négligence. A l'égard des parties, « le Code civil n'indiquant pas les conséquences de cette omission, il y a lieu, par analogie, d'appliquer la disposition de l'article 66 du Code de commerce, qui déclare que le jugement n'aurait pas d'effet à l'égard des tiers. C'est une application naturelle du principe posé par l'article 1382 du Code civil, le défaut de publicité peut nuire aux tiers, il provient de la faute des parties, il est conséquent que le préjudice ne soit pas causé parce que, s'il se produisait, il en serait dû réparation » (2).

A défaut des éclaircissements que nous donnent les travaux préparatoires, le silence de la loi, l'embarras des commentateurs sur la sanction du défaut d'accomplissement de ces formalités ne sont-ils pas une preuve certaine que la loi n'a pas voulu faire rétroagir les effets du jugement dûment transcrit à la date d'une publicité dont l'exécution n'a pour elle qu'une importance très relative. Tout autre est la sanction du défaut de trans-

(1) Carpentier, *op. cit.*, t. II, n° 147, p. 169.

(2) Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code civil* (3^e édition, 1895), t. I, n° 361 bis, IV et V, p. 524 et 525.

cription. Si la loi avait voulu attribuer à la publicité du jugement le point de départ des effets de ce jugement, elle eût certainement sanctionné sévèrement le défaut de cette publicité.

Nous rejetons donc ce système qui d'ailleurs n'a été formulé que par un auteur et qui n'a été admis dans aucune décision de jurisprudence.

Quatrième système. — Le jugement de divorce produit ses effets, la dissolution du mariage date de la transcription du jugement ou arrêt de divorce sur les registres d'état civil.

En présence de l'article 244, § 3, et de l'article 252, § 4, pour ne parler que des textes, il semble que ce système devrait être admis sans discussion. Nous avons vu néanmoins que ce système avait été fortement attaqué par des arguments souvent très spécieux et que la jurisprudence avait appuyé, sur des systèmes contraires, plusieurs de ses dispositions.

C'est au tribunal de la Seine que revient l'honneur d'avoir le premier donné une solution basée sur l'interprétation exacte de la loi.

Dans un jugement du 29 novembre 1887, le tribunal de la Seine, faisant remarquer que, sous les régimes antérieurs à celui qui nous régit, le mariage n'était dissous que par la prononciation du divorce par l'officier d'état civil, formalité remplacée aujourd'hui par la transcription du divorce, décidait que la dissolution du mariage datait seulement de la transcription et motivait ainsi sa décision : « Dans la matière qui règle l'état et la capacité des personnes et qui touche essentiellement à l'ordre public, la rétroactivité présente de graves inconvénients et même des dangers ; pour les époux,

les tiers et aussi dans l'intérêt général, il importe au plus haut degré que les effets du mariage cessent à partir d'un moment précis et déterminé et ne restent pas en suspens pendant une période de temps plus ou moins longue ; toutes les voies de recours étant ouvertes contre un jugement de divorce, et le pourvoi en cassation étant suspensif le jugement de première instance, et la transcription peuvent être séparés par un intervalle de temps fort long ; avec la rétroactivité, si durant cette période la femme s'engage avec des tiers sans autorisation, il dépendra des époux de faire valider ou invalider leur engagement en requérant ou en s'abstenant de requérir la transcription du jugement définitif ; si les époux manquent à la foi conjugale on devra attendre la transcription pour décider si leur conduite est ou non délictueuse ; la même incertitude planera sur la légitimité des enfants qui seraient conçus dans cette période ».

Le tribunal ajoutait que « si on se réfère à l'exposé des motifs, on y lit au sujet de la transcription : la nature de cette formalité est seule modifiée, les effets en subsistent ; que c'était bien dire par là que la transcription du jugement n'aurait pas plus d'effet rétroactif qu'elle n'en avait sous la loi de 1884 ; que la transcription a tellement le caractère d'une formalité substantielle du divorce, qu'alors même qu'elle aurait été requise, si elle n'avait pas été faite avant le décès de l'un des époux, le jugement serait sans valeur aucune (article 244, C. civ.) ». De ces faits et considérations il est permis de conclure, disait le tribunal : « que le nouveau législateur a dû vouloir, et a réellement voulu que la dissolution du mariage datât seulement du jour de la transcription (1) ».

(1) Tribunal de la Seine, 29 novembre 1887, *Le Droit*, 1^{er} janvier 1889.

Dans l'examen doctrinal de la jurisprudence qu'il donnait dans la *Revue critique* de 1890, M. Massigli approuvait sans réserves la décision du tribunal de la Seine et il donnait, pour la justifier, quelques raisons nouvelles d'une très grande force.

M. Massigli ne reconnaissait pas une égale force à toutes les raisons que le jugement a fait valoir. « Nous ne tenons pour décisive, dit M. Massigli, la raison qu'il déduit de l'article 244, aux termes duquel la décision prononçant le divorce reste sans valeur si le décès de l'un des époux survient avant qu'elle ait été transcrite sur les registres de l'état civil. La disposition pourrait se comprendre quand bien même on attacherait un effet de rétroactivité à la transcription : elle s'expliquerait par un désir d'apaisement et d'oubli. Le tribunal se prévaut plus justement des inconvénients que présenterait, au point de vue de l'intérêt des tiers, de l'intérêt des époux et de l'intérêt public, un système dans lequel les effets du mariage resteraient de fait en suspens pendant une période de temps plus ou moins longue. « Toutes les voies de recours étant ouvertes contre un jugement de divorce, et le pourvoi en cassation étant suspensif, le jugement de première instance et la transcription peuvent être séparés par un intervalle de temps fort long ; avec la rétroactivité, si, durant cette période, la femme s'engage avec des tiers sans autorisation, il dépendra des époux de faire valider ou invalider cet engagement en requérant ou en s'abstenant de requérir la transcription du jugement définitif » ; si les époux manquent à la foi conjugale, on devra (c'est précisément l'espèce et la conclusion de l'arrêt de Limoges) « attendre la transcription pour décider si leur conduite est ou

non délictueuse ; la même incertitude planera sur la condition des enfants qui seraient conçus dans cette période (1) ».

Mais, pour M. Massigli, ce sont les travaux préparatoires de la loi de 1886 qui fournissent la base la plus solide au système du tribunal de la Seine. « Le tribunal n'a relevé qu'une phrase de l'exposé des motifs indiquant, au sujet de la transcription et de la substitution de cette formalité à celle de la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil, que « la nature de la formalité est seule modifiée, les effets en subsistent », il aurait pu établir que cette manière de voir a constamment été celle du législateur et qu'elle s'est affirmée à plusieurs reprises dans la discussion ».

Et M. Massigli cite, comme preuve de son affirmation, la discussion sur le paragraphe 3 de l'article 252 et la discussion sur l'article 250.

« Mais la démonstration la plus précise, dit M. Massigli, est celle qui résulte de la discussion du deuxième paragraphe de l'article 252. Dans le projet du Gouvernement, l'officier public avait un délai de huit jours, à compter de la réquisition qui lui était faite, pour opérer la transcription du jugement de divorce sur les registres. Cette disposition fut combattue, dans le sein de la commission sénatoriale, par une minorité favorable au maintien de la formalité du Code civil ; le rapporteur partageait cet avis et il s'en est expliqué soit dans son rapport, soit à la séance publique. Les critiques nous éclairent sur la portée que la commission reconnaissait à la transcription au point de vue de la dissolution du mariage ».

(1) Massigli, *Revue critique*, 1890, t. XIX, p. 455 et 456.

Et M. Massigli de conclure par l'observation suivante :
 « Qu'est-il résulté de ces observations renouvelées avec insistance à la séance du 12 décembre 1885 ? La disposition a été modifiée : elle porte aujourd'hui que la transcription doit avoir lieu à une date fixe, le cinquième jour de la réquisition. Qu'en conclure, sinon que le Sénat est entré dans les vues du rapporteur, qu'il a pensé lui aussi que la date de la transcription déterminerait celle de la dissolution du mariage, et que telle est la raison pour laquelle il a voulu que le jour de la transcription ne fût pas fixé arbitrairement par l'officier de l'état civil ? »

Ce dernier argument de M. Massigli a été textuellement reproduit par M. Huc (1). « Du reste, ajoutait M. Huc, toutes les dispositions de la loi sont rédigées dans le sens de cette solution » et il citait à l'appui de son affirmation l'article 244, § 3, l'article 296 et l'article 1463. A vrai dire, l'article 296 et l'article 1463 ne prouvent rien, car tous deux accordent un délai dont le point de départ est le jour où le divorce est devenu définitif (art. 296), où le divorce est définitivement prononcé (art. 1463) « c'est-à-dire, ajoute M. Huc, du jour de la transcription ». M. Huc oublie que la question est précisément de savoir à quelle date le divorce doit être considéré comme définitif. Mais, si l'argument tiré des articles 296 et 1463 n'est pas sérieux, l'argument tiré de l'article 244, § 3, est, à notre avis, des plus sérieux et il montre bien qu'avant la transcription le mariage n'est pas dissous, le divorce n'est pas acquis.

Avant l'impression de l'ouvrage de M. Huc d'ailleurs, le tribunal de Brioude avait adopté les conclusions du

(1) Huc, *op. cit.*, n° 393, p. 421 et 422.

tribunal de la Seine et reproduit ses motifs avec sa décision dans une affaire qui devait être appelée à une certaine célébrité, car c'est la seule qui jusqu'à présent ait donné lieu à un arrêt de la Cour de cassation ; nous pouvons ajouter que c'est cette affaire qui fixera probablement pour toujours la jurisprudence.

Voici le jugement du tribunal de Brioude (1) :

« LE TRIBUNAL ; — Attendu que, suivant exploit en date du 24 décembre 1888, G... a intenté contre sa femme une action en divorce ; qu'un jugement de ce siège du 22 mars 1889 a prononcé le divorce ; que ce jugement a été signifié à avoué et à partie les 29 et 30 mars et qu'il a été transcrit le 7 juin suivant ; — Attendu que la dame G..., agissant sans le concours de son mari a, par acte reçu par B..., notaire à..., le 23 avril 1889, constitué P... pour son mandataire, à l'effet de consentir à son fils mineur une donation de tout ou partie de ses reprises matrimoniales, et qu'aux termes d'un acte reçu par M..., notaire à..., le 26 mai suivant, P... a fait donation au même, représenté par son père, qui a accepté pour lui, du montant intégral des reprises de sa mandante liquidées à 66.828 fr. 79 ; — Attendu que la dame G..., aujourd'hui épouse C..., demande la nullité de cette donation ; qu'elle fait valoir que son mariage n'était pas définitivement dissous quand elle a constitué P... pour son mandataire ; qu'elle était incapable de consentir elle-même la donation attaquée sans l'autorisation de son mari et qu'elle n'a pu sans cette même autorisation donner à un tiers le mandat de la consentir ; — Attendu qu'il s'agit pour le tribunal de rechercher si, en ce qui

(1) Trib. civ. de Brioude, 18 mars 1891. Sirey, 1891.2.207.

concerne la femme, le mariage est dissous par le jugement qui prononce le divorce ou par sa transcription ; — Attendu que, sous la législation antérieure à la loi du 18 avril 1886, le mariage n'était dissous que par la prononciation du divorce ; que cette loi, qui a eu pour but de simplifier la procédure, n'a pas dérogé à cette disposition ; qu'elle édicte à la vérité que le divorce sera prononcé, non par l'officier de l'état civil, mais par les tribunaux ; mais qu'elle exige formellement, pour que cette décision produise effet, qu'elle soit transcrite ; qu'il suffit pour s'en convaincre de se reporter à l'article 244, qui édicte que l'action en divorce est éteinte par le décès de l'un des époux, survenu avant que le jugement soit devenu irrévocable par sa transcription sur les registres de l'état civil ; — Attendu, il est vrai, que l'article 252 fait remonter le jugement, dûment transcrit, quant à ses effets entre époux, au jour de la demande ; mais que cette disposition a uniquement pour objet, ainsi que l'a déclaré le rapporteur de la loi, d'enlever aux époux le droit de modifier, en ce qui les concerne, le patrimoine de la communauté et qu'elle n'apporte aucune dérogation au régime existant en ce qui concerne les effets du divorce à l'égard des tiers ; — Attendu que l'intérêt des tiers est intimement lié à l'état et à la capacité de la femme mariée, puisque l'incapacité de celle-ci réfléchit sur les engagements qu'elle contracte envers eux ; qu'il suit de là qu'en restreignant la rétroactivité du jugement de divorce à ses effets entre époux, il est manifeste que la loi ne l'a pas rendue applicable à la capacité de la femme ; — Attendu que ces dispositions ne sont, du reste, que l'application de ce principe du droit incontestable, c'est que les jugements de divorce ou de

séparation de corps sont constitutifs d'un état nouveau, tandis que ceux qui prononcent la séparation de biens sont déclaratifs de droits antérieurs ; — Attendu que le système contraire est inadmissible ; qu'en effet, l'état et la capacité des personnes intéressent essentiellement l'ordre public ; que la rétroactivité présente de graves inconvénients et même des dangers ; que l'intérêt des époux, celui des tiers, et aussi l'intérêt général exigent impérieusement que les effets du mariage cessent à compter d'un moment précis, et ne restent pas en suspens pendant une période de temps qui, au gré des parties et à l'aide des voies de recours dont est susceptible le jugement de divorce, peut être plus ou moins longue ; que, pendant cette période suspecte, les époux auront la faculté de faire valider ou invalider les engagements souscrits par la femme au profit des tiers, en requérant ou en s'abstenant de requérir la transcription du jugement de divorce ; qu'il faudra attendre la transcription pour décider si l'époux qui a manqué à la foi conjugale est ou non coupable d'adultère ; que la même incertitude planera sur la légitimité des enfants conçus dans cette période, et que la femme, dans l'ardeur de la bataille judiciaire et sous l'empire de la passion, pourra vendre ses biens à vil prix et compromettre ainsi son avenir et celui de ses enfants ; — Attendu que ce système laisse dans le vague l'état des époux ; qu'à ce titre, il est contraire à l'intérêt privé et à l'intérêt général ; qu'il blesse la raison et la morale ; qu'il constitue une telle modification de la législation antérieure qu'il aurait été formulé nettement par le législateur, si celui-ci, en modifiant la formalité de la transcription, avait voulu en changer les effets ; mais que telle n'a pas été son in-

tention, puisqu'on lit dans l'exposé des motifs au sujet de la transcription : « La nature de cette formalité est seule modifiée, les effets en subsistent » ; — Attendu que ces constatations et ces considérations démontrent que la dissolution du mariage, en ce qui touche la capacité de la femme, date seulement du jour de la transcription du jugement de divorce ; — Attendu, dès lors, que la dame C... était encore, le 23 avril 1889, dans les liens du mariage ; — Attendu que la femme mariée ne peut donner sans l'autorisation de son mari, ni, par suite, sans cette même autorisation, constituer un mandataire pour consentir une donation ; que la procuration donnée à P... par la dame G..., non autorisée, est entachée de nullité ; qu'à la vérité, G... a tenté de couvrir cette nullité par sa confirmation, insérée incidemment dans l'acte du 26 mai 1889 ; mais que cette confirmation est inefficace, puisqu'elle a été donnée sans le concours de la femme ; — Par ces motifs ; — Déclare nulle et de nul effet la donation consentie le 26 mai 1889, par P..., mandataire de la dame G..., au profit de G... père et fils, etc. »

La Cour de Riom, saisie en appel de cette affaire, confirma purement et simplement cette décision, adoptant les motifs des premiers juges (1).

C'est contre cet arrêt qu'un pourvoi en cassation (2) fut formé par M. G... ; le pourvoi invoquait les deux moyens suivants :

1^{er} moyen. — Violation des articles 217 et suivants, 252 et suivants du Code civil et de l'article 7 de la loi du 20 avril 1810, en ce que l'arrêt attaqué a déclaré nulle

(1) Cour de Riom, 5 avril 1892. Sirey, 1892.2.112.

(2) Cass. Req., 18 avril 1893. Sirey, 1894.1.7.

et de nul effet la donation consentie le 26 mai 1889 par le mandataire de la défenderesse éventuelle au profit du mineur Gaubert, pour défaut d'autorisation maritale, par le motif que la rétroactivité du jugement de divorce, résultant de la transcription, limitée à ses effets entre époux, ne serait pas applicable à la capacité de la femme alors que, d'une part, la rétroactivité attachée à la transcription du jugement de divorce doit produire son effet pour tous actes passés entre époux, comme l'était l'acte du 26 mai 1889, et que, d'autre part, en admettant que cet acte ne pût être considéré comme passé entre époux, la rétroactivité devait être admise au moins au jour du jugement de divorce, ce qui suffirait pour que l'acte passé par la femme divorcée fût valable.

2^e *moyen*. — Violation des articles 217 et suivants du Code civil et 7 de la loi du 20 avril 1810, en ce que l'arrêt attaqué a déclaré nulle et de nul effet la donation consentie le 26 mai 1889 par le mandataire de la défenderesse éventuelle au profit du mineur Gaubert, par le motif que la défenderesse éventuelle avait consenti ce mandat sans autorisation maritale, et que l'exposant n'avait pu couvrir cette nullité par la confirmation incidemment insérée dans l'acte de donation du 26 mai 1889, sans le concours de sa femme, alors que l'autorisation maritale peut valablement être insérée dans l'acte passé par le mari avec le mandataire de sa femme.

ARRÊT.

LA COUR ; — Sur le premier moyen, pris de la violation des articles 217 et suivants, 252 et suivants du Code civil, et 7 de la loi du 20 avril 1810 : — Attendu qu'un jugement du 29 mars 1889, transcrit le 7 juin suivant,

a prononcé le divorce entre le sieur Gaubert et sa femme, Jeanne Crespe ; que, dans l'intervalle, le 26 mai 1889, par acte reçu de Brun, notaire à Riom, un sieur Bardy, agissant comme mandataire spécial à cet effet de la dame Crespe, a procédé avec le mari à la liquidation des reprises de la femme, et qu'à la suite, un sieur Pietra, également mandataire de la femme, a consenti donation à l'enfant mineur issu du mariage du montant total des dites reprises, s'élevant à 66.878 fr. 79 ; que, dans ce dernier acte, Gaubert a déclaré autoriser sa femme ; que, plus tard, la dame Crespe, qui avait contracté un nouveau mariage, a demandé, contre Gaubert et son fils, la nullité de la donation précitée, en se fondant sur ce que le mandat, en vertu duquel elle avait été consentie, n'avait été ni précédé, ni accompagné de l'autorisation maritale ou de justice ; que cette prétention a été admise par l'arrêt attaqué ; — Attendu qu'il est soutenu par le pourvoi que le jugement du divorce, sous la condition, réalisée dans l'espèce, qu'il ait été régulièrement transcrit, rend la femme rétroactivement capable pour tous les actes qu'elle aurait passés avec son mari depuis le jour de la demande, ou, tout au moins, opère la dissolution du mariage à la date de sa prononciation ; d'où, dans un cas ou dans l'autre, il résulterait que la dame Crespe aurait eu capacité pour conférer à Pietra, le 23 avril 1889, le mandat dont s'agit ; — Mais attendu, en premier lieu, que l'incapacité de la femme, telle qu'elle est établie dans nos lois, tient à l'état de mariage et dure autant que lui ; qu'il n'a pas été dérogé à ce principe général par le paragraphe final de l'article 252 du Code civil, d'après lequel « le jugement, dûment transcrit, remonte, quant à ses effets, au jour de la demande »,

cette disposition n'ayant été édictée que dans le dessein, déjà prévu à l'article 1445 du même Code, de priver le mari notamment des moyens de modifier arbitrairement le patrimoine de la communauté pendant la durée de l'instance ; qu'elle concerne donc exclusivement les biens ; sans apporter aucune modification aux droits et devoirs des époux, tant que subsiste l'union conjugale, et, par conséquent, à la nécessité pour la femme d'obtenir l'autorisation dans les cas où elle est exigée ; que cette solution dispense la Cour d'examiner si, en fait, l'acte dont la nullité était demandée, devait ou non être considéré comme passé entre époux ou seulement au profit du mineur Gaubert ;

Sur le second point ; — Attendu qu'il était hors de doute, avant la loi du 18 avril 1886, que le mariage n'était pas dissous par la décision judiciaire définitive qui admettait le divorce, et que cette dissolution résultait seulement de la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil ; que, cette dernière formalité ayant été supprimée, sans être remplacée par une autre exigeant de même l'intervention d'un pouvoir autre que celui du juge, on devrait nécessairement dire, comme le fait l'article 249 du Code civil, que le divorce est prononcé par le jugement ; mais que l'emploi de ce terme n'implique pas que la décision judiciaire, à laquelle le législateur avait toujours refusé la force de dissoudre le mariage, l'ait acquise, alors surtout qu'il résulte de la loi nouvelle que le jugement sera anéanti, s'il n'est pas complété dans un délai déterminé par sa transcription sur les registres de l'état civil ; que l'on doit retenir le passage de l'exposé des motifs, où il est dit que « la formalité seule est modifiée ; que ses effets subsistent » ;

que l'on est donc fondé à penser que le principal effet de la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil, qui était de fixer le point de départ de la dissolution du mariage, a été rattaché à la transcription du jugement, formalité substituée ; que, si le législateur ancien a voulu que la dissolution du mariage ne résultât pas de la décision judiciaire, c'est surtout parce qu'il lui a paru important que le divorce fût encore subordonné à une dernière affirmation de volonté d'en poursuivre l'exécution ; qu'il est clairement démontré que le législateur de 1886 n'a rien abandonné de ces vues, puisqu'il exige que cette volonté se manifeste de la même manière par la réquisition de transcription, et qu'il dispose, dans le paragraphe 3 de l'article 244 du Code civil, que « l'action en divorce s'éteint par le décès de l'un des époux, survenu avant que le jugement soit devenu irrévocable par la transcription sur les registres de l'état civil » ; qu'il y a d'autant plus lieu de décider ainsi qu'il ne semble pas possible que l'indécision existe pendant un temps plus ou moins long sur le point de savoir si deux individus sont ou ne sont pas époux, et, en conséquence, à quelles lois ils sont soumis pour leurs droits, leur capacité, et surtout pour leurs devoirs ; que ces considérations conduisent invinciblement à reconnaître qu'il a été bien, et avec raison, décidé par l'arrêt attaqué que, jusqu'au moment où la décision judiciaire qui a prononcé le divorce est devenue irrévocable par sa transcription, le mariage subsiste, et, avec lui, l'incapacité pour la femme de s'obliger ou de donner sans autorisation ;

Sur le second moyen, pris de la violation des articles 217 et suivants du Code civil, et 7 de la loi du

20 avril 1810 : — Attendu que le mandat donné par la femme pour faire des actes de disposition participe de leur nature et se trouve nécessairement soumis aux mêmes conditions de capacité ; qu'en effet, les obligations que le mandat impose au mandant, soit envers son mandataire, soit envers les tiers, prenant leur origine dans le consentement exprimé au mandat, et ce consentement ne pouvant être valablement donné par la femme qu'autant qu'il est précédé ou accompagné de l'autorisation du mari ou de la justice, il s'ensuit que le mandat par elle donné sans cette autorisation est nul ; — Attendu que, bien que le mari ait ensuite donné son autorisation, en intervenant aux actes ultérieurs accomplis en vertu du mandat, cette circonstance n'a pu avoir effet de valider un mandat nul dans son origine, et de priver ainsi la mandante, à son insu et sans sa participation, du droit de se prévaloir de cette nullité ; — Attendu que les actes passés en vertu d'une telle procuration sont affectés du même vice ; — D'où il suit qu'en déclarant nulles la procuration donnée le 23 avril 1889, sans l'autorisation de son mari ou de justice, au sieur Pietra, par la défenderesse éventuelle, ainsi que la donation qui en a été la suite, malgré que le mari fût intervenu à ce dernier acte pour l'autoriser, l'arrêt attaqué, qui est d'ailleurs suffisamment motivé, s'est conformé au droit, et, loin de violer les articles 217 et suivants du Code civil, en a fait une juste et sage application ; — Rejette, etc. »

C'est sur cet arrêt que M. Labbé a publié en 1894 une longue note dans laquelle il approuvait absolument la décision de la Cour de cassation, « la Cour régulatrice, comme il l'appelait quelquefois ».

M. Labbé rappelait que la préférence accordée par la Chambre des requêtes au fait de la transcription comme cause de la rupture définitive du mariage reposait sur plusieurs motifs cumulés : 1^o sur un argument très fort tiré d'un article de la loi sur le divorce ; 2^o sur un passage très net de l'exposé des motifs ; 3^o sur une considération très grave relative à l'ordre public et à l'état des familles (1).

L'argument de texte cité par M. Labbé était tiré de l'article 244, § 3. Ce qui est dissous ne peut plus se dissoudre. Or, d'après cet article, le décès qui surviendrait peut encore produire son effet de rompre le mariage. C'est donc que le mariage prononcé judiciairement subsiste jusqu'à la transcription. Ainsi s'explique l'effet attribué au décès jusqu'à cette dernière époque (2).

Le passage de l'exposé des motifs, non moins décisif, nous est connu (3).

Enfin, disait M. Labbé, le retard apporté à la rupture du mariage par la nécessité de la transcription se justifie par une considération morale, l'espoir d'une réconciliation, comme le dit l'exposé des motifs. Une réconciliation après le jugement qui donne raison au demandeur en divorce, elle serait bien tardive ; elle n'est pas impossible. Au début du procès, le souvenir des injures récentes, le ressentiment est trop vif. La lutte s'entame, les résolutions radicales se prennent. L'animosité s'entretient par l'ardeur de la lutte elle-même. On a un but, on y tend de toutes ses forces. La réconciliation est

(1) Sirey, 1894.1, p. 7 note.

(2) M. Labbé renvoie ici à MM. Curet, *Code du divorce*, 2^e édit., n^o 329, et Coulon, *Le divorce et la séparation de corps*, t. 4, p. 473 et suiv.

(3) Voir plus haut, p. 21.

exclue par l'état réciproque des esprits. Le jugement est rendu, le demandeur en divorce triomphe. A ce moment, une détente se produit ; on n'a plus d'effort à faire, le but est atteint. Les choses s'envisagent sous un aspect inverse de celui qui a dicté la résolution d'agir ; on considère plus froidement les conséquences du nouvel état de choses que le jugement va créer. L'adultère perd son prestige. L'époux légitime regagne le terrain qu'il avait perdu. La mémoire des beaux jours qui ont été presque toujours au commencement d'une union renaît. L'affection des enfants qu'il faudra quitter s'avive et s'interpose comme une cause de rapprochement. Si les offenses éprouvées ne sont pas irréparables, si une réconciliation est possible, c'est à cette heure en quelque sorte psychologique qu'elle trouvera sa place. Le législateur, qui admet le divorce comme un mal, mal nécessaire peut-être, mais enfin mal pour la société, ouvre une porte au repentir. Le jugement obtenu sera réduit à néant si, dans un délai, on ne le fait transcrire sur les registres publics. Les époux auront, par le silence et l'inaction, un moyen de l'anéantir ».

« La logique d'une morale sévère voudrait que ce droit de pardon fût réservé à l'époux offensé et innocent. Dans la théorie du Code, le divorce est, non pas une rupture de mariage pour antipathie mutuelle, pour défaut d'accord, pour versatilité dans les affections, mais est la suite, la punition d'une faute grave. Celui qui a violé les devoirs du mariage ne semble pas digne d'être l'arbitre du maintien ou de la dissolution de l'union dont il a méconnu les engagements. Notre législateur n'affecte pas ce puritanisme. Le mariage dans lequel se trouvent les causes de divorce, causes que le procès a

mises au grand jour, ne comporte plus de bonheur durable. Le trouble est trop profond pour être suivi d'un apaisement sincère. Si l'époux contre lequel le divorce a été prononcé n'accepte pas le pardon qui lui est offert, il fera opérer la transcription et le mariage sera dissous ».

« En résumé, conclut M. Labbé, le mariage se prolonge entre les époux jusqu'à la transcription sur les registres de l'état civil du jugement de divorce, et jusqu'à cette époque s'observent les lois du mariage sur les rapports entre les personnes (1) ».

M. Massigli, dans un examen doctrinal de cette nouvelle jurisprudence (2), donna aussi son adhésion à la doctrine consacrée par l'arrêt de la Chambre des requêtes, en reproduisant les déclarations qu'il avait déjà émises dans l'examen doctrinal de 1890.

Approuvant la nouvelle formalité, M. Massigli regrette que cette question capitale n'ait pas sa solution dans les nouveaux articles du Code qui réglementent la transcription. « Une loi attentivement rédigée aurait dû régler par une disposition formelle un point aussi considérable dans la théorie du divorce. C'est la pire manière d'écrire les lois celle qui favorise les procès ».

L'article 252, § 5, dit bien que « le jugement dûment transcrit remonte, quant à ses effets, au jour de la demande ». Mais nous savons que son application n'est que relative et restrictive ; il ne fixe certainement pas la date à laquelle le mariage cesse de produire les effets.

Or « aucun texte ne révèle nettement la pensée de la loi (sur le point de départ de la dissolution du mariage),

(1) Labbé, sur Sirey, 1894.1.7, note, 1^{re} et 2^e colonnes.

(2) Massigli, *Revue critique*, mars 1894, t. XXIII, p. 129 et suiv.

pas même, dit M. Massigli, le paragraphe 3 de l'article 244 portant que « l'action en divorce s'éteint par le décès de l'un des époux survenu avant que le jugement soit devenu irrévocable par la transcription sur les registres de l'état civil ». L'effet attribué au décès d'un des époux s'explique assurément d'une manière très simple si le système de la loi est ainsi construit que l'admission du divorce par la justice n'empêche pas le mariage de subsister jusqu'au jour de la transcription ; aussi les partisans de cette solution invoquent-ils l'article 244 comme un argument solide en leur faveur. Toutefois, la disposition de la loi se comprendrait également dans le système qui ferait remonter la dissolution du mariage à la date du jugement ou de l'arrêt. Jusqu'à la transcription la réconciliation est possible ; un jugement même définitif reste non avenu si la formalité n'est pas requise dans le délai de deux mois impartis à cet effet (art. 252, § 4). Or, pourrait-on dire, en s'inspirant du rapport même de la commission du Sénat, lorsque l'un des époux vient à mourir les choses étant encore entières, il est permis de supposer que le silence gardé depuis le jugement a eu pour cause un sentiment d'indulgence, un désir de rapprochement ; en tout cas le mieux est que devant la mort l'apaisement se fasse ; c'est pourquoi la loi veut que le jugement demeure non avenu ».

M. Massigli critique ensuite l'exposé des motifs du projet de loi qui n'offre pas, dit-il, une précision plus grande que les textes et il croit même y relever une véritable contradiction. A l'occasion du paragraphe 3 de l'article 244, le projet avait présenté une disposition différente de la disposition actuelle. Il portait : « L'action en divorce s'éteint également par le décès de l'un des

époux survenu avant que le jugement soit devenu irrévocable ».

Le projet justifiait ainsi sa rédaction : « Toutefois, quand le décès survient après que le jugement définitif est rendu, la situation n'est plus la même. Ainsi qu'on le verra plus loin, pour que le divorce soit irrévocable, un acte est nécessaire encore : la transcription ; mais les chances de réconciliation sont alors devenues à peu près nulles. Dans ces conditions, il n'y a pas d'inconvénient à permettre que la transcription soit faite par les héritiers de l'époux ou contre eux : cette solution résulte du paragraphe 3 de l'article 11 (1) ».

M. Massigli ne voit pas comment ce passage pourrait se concilier avec la déclaration, décisive pour la Cour de cassation et la Cour de Riom, relative à la substitution de la transcription à la comparution personnelle des parties devant l'officier de l'état civil et à la prononciation solennelle du divorce : « La nature de la formalité exigée est seule modifiée, les effets de la formalité subsistent ». Il est évident, pour M. Massigli, que la transcription n'est plus considérée, dans le passage précité, comme ayant le même effet que la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil et comme devant fixer elle-même le point de départ de la dissolution du mariage ! Il y aurait là une contradiction !

Nous croyons qu'il y a ici une erreur de M. Massigli ; la contradiction n'apparaît pas du tout si l'on rapproche la phrase incriminée des passages précédents de l'*exposé des motifs*.

L'exposé des motifs, dans le passage précédent, s'ex-

(1) *Exposé des motifs*, Sirey, 1886, p. 55, note 2^e.

primait ainsi : « Une question délicate s'est présentée : quelle pouvait être la conséquence, sur le sort d'une instance en divorce, du décès du demandeur ou du défendeur ? Quelles distinctions pouvaient être faites ? L'action en divorce est-elle si étroitement attachée à la personne des époux qu'elle ne puisse être suivie par les héritiers de l'un d'eux, si un décès survient au cours d'instances ? Cette opinion a prévalu. Pour les héritiers, il s'agit uniquement d'intérêts pécuniaires qui assurément peuvent être fort respectables, fort importants. Mais suffisent-ils pour qu'on permette l'exercice d'une action qui, dans la plupart des cas, entraîne de fâcheux débats ? En outre, en tout état de cause, les héritiers pourront-ils poursuivre l'action, ou pourra-t-elle être poursuivie contre eux ? Il eût fallu fixer au cours de l'instance le moment après lequel le décès de l'époux n'entraînerait pas la cessation de la procédure. Cette désignation, tout arbitraire, ne tenait pas compte, en tout cas, du droit de pardon qui appartient toujours à l'époux demandeur. Jusqu'au dernier moment, les conclusions peuvent être modifiées : la demande peut être retirée. Il eût fallu renoncer à cet espoir dans le cas de demandes suivies dans un but tout pécuniaire (1) ».

En rapprochant les deux passages de l'exposé des motifs, nous constatons que cet exposé fait une antithèse entre l'effet du décès de l'un des époux pendant une instance en cours et l'effet du décès de l'un des époux après que l'instance a été terminée par un jugement définitif. Dans le premier cas, l'action s'éteint purement et simplement, dans le second cas, le jugement

(1) *Exposé des motifs*, Sirey, 1886, p. 55, note 26.

ne doit pas être annulé par le fait du décès et le projet proposait de permettre que la transcription fût faite par les héritiers de l'époux ou contre eux.

Cette dernière décision n'est en rien contradictoire avec l'esprit général du projet.

Le projet, en effet, exigeait que la transcription fût faite dans un certain délai : « On ne peut, disait l'exposé des motifs, laisser le droit ouvert pendant un temps indéterminé. Bien que la déchéance prononcée paraisse rigoureuse, on a reconnu qu'elle était inévitable, les époux ne doivent pas reprendre la vie commune et la faire cesser, à leur gré, en opérant inopinément une transcription retardée dans ce but. Une union ainsi prolongée aurait le caractère d'un mariage avec faculté de répudiation arbitraire ; aussi fallait-il exiger la transcription du divorce et l'exiger dans un certain délai. Si cette transcription n'a pas lieu, il y a une présomption légale qu'une réconciliation s'est opérée (1) ».

Tout autre est la situation en cas de mort de l'un des époux. Rien n'indique que l'époux décédé ait voulu pardonner, la présomption légale de réconciliation ne peut plus être invoquée ici et c'est la conséquence naturelle de l'absence de cette présomption que le projet avait voulu reconnaître.

La présomption légale de réconciliation ne pouvant plus s'appliquer ici, il en résultait en effet naturellement que la déchéance imposée aux époux vivants qui ont négligé de faire opérer la transcription n'a plus de raison d'être et alors de quel droit prive-t-on les héritiers, qui seront surtout conduits par des intérêts pécuniaires, de la jouissance de leurs droits ?

(1) Sirey, 1886, note 33, p. 57.

La disposition du projet a été modifiée après discussion par le Sénat, mais M. Massigli n'eût probablement pas formulé le reproche de contradiction contre l'exposé des motifs si, au lieu d'examiner isolément la phrase qu'il critique, il l'avait rapprochée des autres parties voisines de l'exposé.

Dans tous les cas, ce qui prouve d'une manière péremptoire que l'exposé des motifs ne contient pas de contradiction, c'est que M. Labiche, rapporteur, qui s'était pénétré avec une intelligence remarquable de l'esprit du projet quant à la nature et aux effets de la transcription, quoiqu'il fût opposé à son introduction dans la loi, nous explique très nettement, dans la première discussion sur l'article 244, § 3, devant le Sénat, que le jugement n'est définitif que par la transcription dans la nouvelle loi, la célébration du divorce dans l'ancienne : ces deux formalités ont donc une valeur égale et produisent les mêmes effets quant à l'irrévocabilité du divorce. Cette explication a été donnée par M. Labiche dans la séance du 10 décembre 1885 au Sénat.

M. de Gavardie avait demandé que la décision rendue en pareille matière fût en tout état de cause détruite par le décès de l'un des époux. Le rapporteur, M. Labiche, a répondu : « Tant qu'il y a faculté d'aller en appel ou de se pourvoir, c'est-à-dire jusqu'à l'époque même où a lieu la transcription, ou la célébration du divorce, d'après le système ancien, le divorce n'est pas irrévocable ; par conséquent, mon honorable collègue a satisfaction (1) ».

Bien plus, la modification dont le texte projeté a été l'objet nous montre encore mieux la valeur que les lé-

(1) Sénat, séance du 10 décembre 1885, Sirey, 1886, p. 55, note 26.

gislateurs attribuaient à la transcription. L'article 244 dans le projet se terminait par ces mots : « Avant que le jugement soit devenu irrévocable ». Sur l'observation de M. de Gavardie qu'il pouvait y avoir des difficultés pour fixer le moment où le jugement de divorce serait devenu irrévocable, on a ajouté le membre de phrase « par la transcription sur les registres de l'état civil (1) ».

Pouvait-on dire plus clairement que le mariage n'est dissous que par la transcription ?

Ainsi l'article 244, § 3, et dans son texte qui décide que l'action en divorce s'éteint par le décès de l'un des époux survenu avant que le jugement soit devenu irrévocable par la transcription sur les registres de l'état civil, et dans ses travaux préparatoires qui montrent les modifications dont le texte projeté a été l'objet pour bien établir ce qu'il fallait entendre par jugement irrévocable, l'article 244, § 3, établit d'une manière péremptoire que c'est la transcription seule qui dissout le mariage.

Malgré sa critique, d'ailleurs, M. Massigli, s'appuyant surtout sur la discussion de l'article 252, approuve la doctrine consacrée par la décision de la Cour de cassation.

« Comme la Chambre des requêtes, nous ne pouvons qu'être frappé, dit M. Massigli, des inconvénients que présente la solution qui considère la transcription comme une sorte de condition suspensive dont l'accomplissement devrait rétroagir : « L'indécision existe pendant un temps plus ou moins long sur le point de savoir si deux individus sont ou ne sont pas époux et, en conséquence, à quelles lois ils sont soumis par leurs droits,

(1) Sénat, séance du 22 décembre 1885, Sirey, *ead. loc.*

leur capacité, et surtout pour leurs devoirs ». Le législateur en a été certainement frappé lui-même, et nous sommes bien convaincu que sa volonté a été de faire durer les effets du mariage jusqu'au jour de la transcription du jugement de divorce ».

Depuis cette époque, la Cour de Limoges s'est rangée à cette doctrine dans un arrêt du 21 mars 1895, rendu au sujet d'une affaire d'adultère analogue à celle pour lequel la Cour de Limoges avait statué en 1887 et pour laquelle l'arrêt de 1895 consacre une décision exactement contraire à la décision adoptée par l'arrêt de 1887.

« LA COUR ;

Sur la recevabilité de l'appel ;

Considérant que le tribunal, en sursoyant à statuer, sur le délit d'adultère reproché aux prévenus, jusqu'à la décision judiciaire statuant définitivement sur l'instance en divorce, a rendu un jugement interlocutoire et non préparatoire, puisqu'il a fait dépendre de l'accomplissement de cette formalité le sort de la poursuite en adultère ; que, par conséquent, l'appel interjeté par la partie civile est recevable ;

Sur l'exception tirée de la rétroactivité de la dissolution, si celle-ci était obtenue par un jugement régulièrement transcrit sur les registres de l'état civil ;

Considérant que la question qui est à résoudre est celle de savoir si les effets de la dissolution doivent rétroagir jusqu'à la date de la demande, non seulement entre les époux, mais encore envers le pouvoir civil ;

Considérant que la loi de 1888 ne dispose à cet égard, par son texte, qu'entre les époux ;

Considérant que le pouvoir civil exerce sur l'acte de mariage un rôle qui lui est exclusivement propre ; que

cet acte, base fondamentale de la société, est entouré de toutes les sollicitudes de la loi pour son existence et sa conservation ; que nul n'y peut déroger, en matière de divorce, jusqu'au jour de la dissolution résultant de la transcription d'une décision de justice ; que l'officier de l'état civil est, malgré celle-ci, tenu de délivrer des expéditions de l'acte de mariage, comme si la sentence de dissolution n'existait pas ;

Considérant qu'il suit de ces faits que l'état de mariage créé par l'acte de cette union a une vie propre, indépendante, et ne saurait rentrer dans la disposition légale ci-dessus visée ;

Par ces motifs ;

Infirmes le jugement ;

Et, considérant que la matière est disposée à recevoir une décision définitive, évoque le fond, etc (1) ».

La majorité des auteurs semble aussi se rallier à ce système.

Dans son étude sur le développement de la jurisprudence en matière de divorce depuis 1884, M. Hitier reproduit tous les arguments que nous avons indiqués pour justifier cette doctrine et il signale en outre certains inconvénients particuliers du système de la rétroactivité.

D'après M. Hitier, la rétroactivité inciterait les tiers à la fraude. On ferait croire aux tiers que la transcription va être demandée. La femme emprunterait, puis laisserait passer les délais de transcription, quitte à partager avec le mari complice le bénéfice de l'opération, le di-

(1) Limoges, 21 mars 1895. Sirey, 1895.2.297.

vorce ayant été préparé de concert. Quant aux tiers, on leur opposerait l'incapacité de la femme (1).

« Sans prêter aux époux des combinaisons aussi profondes, on peut dire que la rétroactivité aurait souvent l'inconvénient de dénaturer l'œuvre du législateur. En donnant aux époux le délai de deux mois, il a voulu leur permettre un retour sur eux-mêmes et laisser après la lutte du procès, avec l'apaisement et la détente, la porte ouverte à une réconciliation. Il ne faut pas que la dernière chance de réconciliation puisse être compromise par l'intervention de tiers, dont les intérêts d'ordre pécuniaire exigeraient la transcription : ce serait mêler les tiers à une question qui est avant tout personnelle aux époux, faire intervenir des influences qui s'emploieraient à empêcher un rapprochement. La question de réconciliation est toute morale, la rétroactivité la dénaturerait en permettant d'y introduire des éléments d'un autre ordre. La transcription est le dernier acte de cette pièce, on peut dire souvent de ce drame, qui s'appelle le divorce. Le législateur a tenu à écarter jusque-là les créanciers de la scène ; il y aurait un manque de logique à les mêler au dénouement ».

Pour M. Colmet de Santerre, la pensée du législateur paraît avoir été de remplacer le prononcé du divorce à l'état civil par la transcription sur les registres d'où il résulte que, la nouvelle formalité équivalant à l'ancienne, les effets du divorce doivent se produire le jour de la transcription comme ils se produisaient le jour où le divorce était prononcé. L'exposé des motifs ne laisse pas de doute sur ce point ; il s'exprime ainsi : la nature

(1) Hitier, *op. cit.*, p. 53.

de la formalité exigée est seule modifiée ; les effets de la formalité subsistent (1).

Mentionnant ensuite l'article 244 qui décide que la mort de l'un des époux éteint l'action en divorce tant que le jugement n'est pas devenu irrévocable par la transcription sur les registres de l'état civil, M. Colmet de Santerre ajoute : « C'est le jugement lui-même qui est considéré comme non avenu, puisque le mariage est dissous par la mort, ce qui prouve bien que ce mariage existait encore ». Et M. Colmet de Santerre conclut : « Voilà donc la règle générale : le mariage est dissous le jour de la transcription ».

C'est ce système que nous adoptons sans réserves.

D'après nous, *le véritable système de la loi est que le jugement de divorce ne produit ses effets que du jour de la transcription, la dissolution du mariage n'a lieu qu'au jour où la transcription est opérée.*

Ce système peut invoquer pour se justifier :

1^o Les textes ;

Car les articles 244, § 3, 250, 252, § 4 et 252, § 5 consacrent certainement ce principe que le mariage n'est dissous que par la transcription.

2^o Les travaux préparatoires ;

Et nous ne citerons pas seulement les travaux préparatoires des articles 250, 252, § 3 et 252, § 2, mais aussi et surtout les travaux préparatoires de l'article 244, § 3.

3^o L'impossibilité d'admettre que le législateur ait voulu soumettre à une condition et laisser dans l'incertitude, pendant le délai qui s'écoule entre le jugement et la

(1) Colmet de Santerre, *op. cit.*, I (3^e édit., 1895), 378 bis, III, p. 537.

transcription l'état des personnes et leur situation légale.

4° Les considérations très graves relatives à l'ordre public et à l'état des familles que M. Labbé a si nettement développées ; considérations toutes morales, il est vrai, mais qui certainement ont influé sur l'esprit du législateur. Nous trouvons de cette influence une preuve certaine dans la règle que le défaut de transcription dans les délais indiqués par la loi constitue une présomption légale (1). Cette présomption légale serait inadmissible si le jugement produisait à sa date un effet absolu et si le mariage était dissous irrévocablement à partir de la décision judiciaire.

5° Enfin nous invoquerons un rapprochement curieux qui n'a pas encore été fait et qui nous paraît cependant indiquer la conception que les législateurs se sont faite de l'effet et de la nature de la transcription.

Il s'agit de rapprocher les déclarations faites par les législateurs de 1855 quand la transcription a été rétablie pour constater les *transmissions* immobilières et les déclarations faites par les législateurs de 1886 quand la transcription du divorce a été substituée à la célébration devant l'officier d'état civil.

Que disait le législateur de 1855 ?

En France, disait-il, il n'existe pour ainsi dire pas d'actes de propriété. « Grâce au rétablissement de la transcription, l'état civil de la propriété aura ses registres comme l'état civil des personnes ; son existence pourra être toujours connue, toujours suivie dans toutes les modifications qui peuvent en augmenter ou en diminuer la valeur (2) ».

(1) *Exposé des motifs*, Sirey, 1886, p. 57, note 33.

(2) Rapport de M. de Belleyne au Corps législatif, Sirey, 1855, p. 27.

M. Suin, conseiller d'État, considère la transcription comme le moyen de consacrer la translation de la propriété, et M. Millet ajoute : « tant que la transcription de la vente n'aura pas lieu, le droit n'existera pas à l'égard des tiers. »

En un mot, la transcription est une condition essentielle de la transmission de la propriété, relativement aux tiers.

Que disait de son côté le législateur de 1885 ?

« Il est indispensable que les registres de l'état civil qui constatent le mariage constatent aussi le divorce. Les tiers n'ont aucun moyen de se renseigner sur la situation des parties. La transcription doit être exigée » ; plus loin dans la discussion : « La transcription du jugement ou de l'arrêt qui prononce le divorce est surtout dictée dans l'intérêt des tiers. Il faut que la date de la dissolution du mariage soit irrévocablement fixée et constatée, car les tiers ont intérêt à la connaître. C'est la transcription qui la fixe ! » enfin « si la transcription n'a pas lieu, le divorce est tenu pour nul et non avenu » « le droit qui résultait pour eux de la décision judiciaire tombe ».

Ainsi dans les deux cas, la transcription est présentée comme un moyen nécessaire de consacrer l'acte juridique que cette formalité est destinée à faire connaître et, dans les deux cas, l'acte juridique reste sans effet si la transcription n'est pas accomplie.

Sans doute les effets de la transcription en matière de *transmissions* immobilières sont limités aux rapports avec les tiers, mais il ne pourrait en être ainsi en cas de divorce, car le jugement de divorce appartient à une

classe de jugements qui jouit d'une autorité absolue à raison de sa nature même (1).

C'est la vente cependant qui transfère la propriété, mais cette vente reste sans effet tant qu'une condition essentielle (la transcription) n'a pas été accomplie et, quand la transcription a été faite, le transfert de propriété produit ses effets à compter du jour où cette condition essentielle a été accomplie. Ceci est indiscutable, ceci a été formellement dit pour la transcription en matière de transaction immobilière en 1855, et nous pouvons ajouter : ceci résulte du caractère même de la transcription.

La transcription est une condition essentielle de validité du changement d'état, c'est le caractère qui lui a été formellement reconnu en 1855 ; c'est une formalité de publicité, mais une formalité créatrice, on pourrait dire que le droit est engendré par l'acte juridique, mais il ne naît, il ne voit le jour, il n'est définitif que par la transcription et à sa date.

Il en est de même pour le divorce. Les auteurs de la loi de 1885 appartiennent à une génération qui a été, inconsciemment peut-être, frappée d'une manière particulière par le caractère de la transcription tel qu'il est défini par la loi de 1855. Ils n'ont pas donné, et ceci nous paraît résulter nettement de l'ensemble des travaux préparatoires, ils n'ont pas donné à la transcription en matière de divorce un autre caractère. L'assimilation qu'ils ont constamment faite entre la transcription et la célébration du divorce en est une preuve certaine. Il n'est donc pas douteux que, pour le législateur de 1885, la transcription est une condition essentielle de validité

(1) Cf. Raymond Bufnoir, *De l'autorité de la chose jugée en matière d'état des personnes* (thèse de doctorat, 1893), p. 56.

du divorce ; sans doute c'est le jugement qui prononce le divorce, on l'a dit plusieurs fois dans la discussion, mais c'est la transcription qui rend le divorce irrévocable, c'est la transcription qui dissout le mariage et le jugement de divorce ne produit ses effets, sauf l'exception restrictive de l'article 252, § 5, qu'à la date de la transcription.

« La conclusion qui se dégage de toute cette discussion, dit fort bien M. Hitier, c'est la justification de la théorie de la Cour de cassation. La dissolution du mariage se place au jour de la transcription, non au jour du jugement. Il n'est guère vraisemblable que le principe soit, à l'avenir, sérieusement contesté, mais le champ de la controverse reste ouvert sur toute une série de questions que suscite l'application du principe ».

CHAPITRE II

CONDITIONS DE VALIDITÉ DE LA TRANSCRIPTION.

Nous avons vu que le divorce était, depuis la loi de 1886, *prononcé* par l'autorité judiciaire, mais que ce jugement ne pouvait produire aucun effet s'il n'était pas transcrit sur les registres d'état civil.

Nous avons examiné la nature de la transcription et nous avons reconnu que, dans l'esprit de la loi de 1886, cette formalité constituait une condition essentielle de la validité du jugement, par suite que de l'accomplissement de cette formalité essentielle ou substantielle dépendaient la validité du divorce et la dissolution du mariage.

L'importance de cette formalité montre combien il est nécessaire de veiller à ce que la transcription soit valablement faite, et à ce que toutes les conditions de validité soient réalisées.

Ce sont ces conditions de validité que nous voulons étudier dans ce chapitre ; nous diviserons notre sujet de la manière suivante :

§ 1. Par qui la transcription peut-elle être requise ?

§ 2. Auprès de quel officier d'état civil la transcription doit-elle être requise ?

§ 3. A quel moment le jugement peut-il être transcrit ?

§ 4. Dans quel délai la transcription doit-elle être faite ?

§ 5. En quoi consiste exactement la transcription ?

§ 1. — **Par qui la transcription peut-elle être requise.**

La transcription peut être requise par l'une ou l'autre des parties.

C'est une innovation de la loi de 1886 qui permet aux deux parties de faire exécuter le jugement qui a prononcé leur divorce.

D'après la loi de 1884, l'époux qui avait obtenu le divorce devait se présenter, dans le délai de deux mois, devant l'officier de l'état civil, l'autre partie dûment appelée pour faire prononcer le divorce (art. 264). L'époux demandeur qui avait laissé passer le délai de deux mois ci-dessus déterminé, sans appeler l'autre époux devant l'officier de l'état civil, était déchu du bénéfice du jugement qu'il avait obtenu, et ne pouvait reprendre son action en divorce, sinon pour cause nouvelle ; auquel cas il pouvait néanmoins faire valoir les anciennes causes (art. 268).

L'époux contre qui le divorce avait été prononcé était ainsi à la merci de son adversaire. « Aussi pour éviter qu'un des conjoints pût tenir de la sorte son conjoint à sa merci, avait-on imaginé certains détours d'un caractère véritablement prétorien. C'est ainsi qu'il avait été décidé notamment que si l'époux au profit de qui le divorce était rendu avait seul le droit en principe de requérir l'officier de l'état civil, cependant il était loisible aux tribunaux en prononçant le divorce à *la requête* des deux conjoints, quoiqu'au profit d'un seul, de donner

à chacun d'eux le droit de faire dresser l'acte de divorce (1) ».

Il y avait là en effet, dans la loi de 1884, une faculté de répudiation arbitraire que le législateur de 1886 a voulu abolir. L'exposé des motifs en donne indirectement, mais nettement la preuve, et la discussion confirme cette interprétation de la volonté du législateur.

M. Paris, dans la séance du Sénat du 12 décembre 1885, critiqua le 3^e paragraphe de l'article 252 : « que fait la Commission dans son article 252, disait-il ? Elle accorde bien à la partie qui a obtenu le divorce une initiative au sujet de la transcription, elle l'autorise à signifier le jugement à l'officier de l'état civil dans le cours du premier mois, mais, à défaut de signification dans ce délai, l'autre partie, l'époux défendeur, l'époux condamné, a le droit, durant le second mois, de lui forcer la main et de faire cette signification qui amènera nécessairement la transcription. Vous voyez que l'une des garanties qui existaient antérieurement dans les lois relatives au divorce disparaît. Il pourra arriver que l'époux demandeur, après avoir fait reconnaître son droit devant la justice, après avoir obtenu complètement la satisfaction morale qu'il poursuivait, réfléchisse une dernière fois et que des considérations graves, des conseils éclairés, des supplications de ses proches, le déterminent à ne pas user de sa victoire et à oublier. Il lui suffira de laisser passer le délai de deux mois sans faire la signification, et le jugement sera considéré comme nul et non avenu. Ce sera, de sa part, une renonciation tacite. Pourquoi donc supprimer cette fa-

(1) Carpentier, *op. cit.*, t. 2, p. 178, n° 154. — Paris, 24 juin 1886, *Le Droit*, 28 juin 1886.

culté, cette dernière garantie contre un divorce irrésoluble ? Pourquoi toucher au fond du droit, quand nous n'établissons que des règles de procédure (1) ? »

M. Léon Renault et M. Griffe ont successivement répondu aux objections de M. Paris ; voici le résumé de leurs observations : « La disposition du paragraphe 3 de l'article 252 tend simplement à appliquer à la matière du divorce une règle appartenant au droit commun, elle tend à établir que, dorénavant, en matière de divorce comme en toute matière, le jugement que le demandeur a voulu obtenir, qu'il a poursuivi jusqu'au bout, ne sera pas sa propriété exclusive, qu'il profitera au défendeur aussi bien qu'à lui. De plus, la transcription du jugement ou de l'arrêt qui prononce le divorce est surtout édictée dans l'intérêt des tiers. Il faut que la date de la dissolution du mariage soit irrévocablement fixée et constatée, car les tiers ont intérêt à la connaître. C'est la transcription qui la fixe. Faute par les intéressés de requérir cette transcription, le droit qui résultait pour eux de la décision judiciaire tombe. C'est la sanction, c'est la peine de leur négligence, de leur refus d'exécuter la loi... Mais ce qui fait leur droit, ce n'est pas la transcription, c'est la décision judiciaire elle-même irrévocable ; une décision judiciaire, d'après le droit commun, profite à toutes parties sans aucune distinction. Ce principe s'applique aux jugements ou arrêts rendus en matière de séparation de corps ; cela est admis sans contestation par la jurisprudence. Pourquoi le même principe ne régirait-il pas la matière du divorce ? Il n'y a pas de motifs sérieux de distinction... Enfin qu'est-ce que pro-

(1) Sirey, *Lois annotées*, 1886, p. 57, n° 34.

pose le texte du gouvernement adopté par la Commission? Il dit ceci : Lorsque l'époux demandeur aura été jusqu'au bout de sa procédure, lorsqu'il aura fait consacrer son droit au divorce par un arrêt définitif, par un document public, il faudra qu'il y ait accord entre l'époux défendeur et l'époux demandeur, pour détruire la conséquence de ce qui s'est juridiquement accompli. Si cet accord se produit, la chose jugée pourra être abolie. Mais s'il fait défaut, le droit appartiendra à l'époux défendeur, comme à l'époux demandeur, de s'adresser à l'officier de l'état civil pour faire transcrire, en marge de l'acte de mariage, le jugement autorisant le divorce, cette décision demandée et obtenue par le demandeur, mais devenue depuis son prononcé la propriété commune du défendeur et du demandeur. Quoi de plus logique, de plus sensé, de plus impérieusement commandé par l'équité et la morale ? C'est ce rapprochement entre ce qui se passe dans la matière de séparation de corps et ce qu'il est nécessaire d'introduire dans la procédure du divorce qu'il est utile de faire devant le Sénat. Qu'il soit permis de lui dire une fois de plus que le rejet de l'innovation qui lui est proposée serait une décision bien fâcheuse pour la dignité du mariage, qu'elle irait à l'encontre des idées d'un ordre moral si élevé que notre Code civil a données pour base à la famille française. Comment ! Est-ce que vous pouvez supporter l'idée de ce que pourrait être une famille où l'époux demandeur, après avoir obtenu contre son conjoint un arrêt ou un jugement autorisant le divorce, pourrait reprendre la vie commune déshonorée, troublée à tout jamais par un scandale public ? Il n'y aurait là que honte, humiliation, abjection dans les rapports des deux époux, dans leurs

relations avec leurs enfants, avec leurs familles, avec le monde. Tout y deviendrait bas, honteux et dégradant (1) ».

C'est à la suite de cette discussion que l'article 252, § 3, a été voté.

En conséquence, d'après la loi de 1886, « la transcription est faite à la diligence de la partie qui a obtenu le divorce... (art. 252, § 1). — A défaut, par la partie qui a obtenu le divorce, de faire la signification dans le premier mois, l'autre partie a le droit, concurremment avec elle, de faire cette signification dans le mois suivant (art. 252, § 3). — A défaut par les parties d'avoir requis la transcription dans le délai de deux mois, le divorce est considéré comme nul et non avenue (art. 252, § 4) ».

Il n'y a aucune difficulté quand il s'agit d'un jugement ou arrêt prononçant directement le divorce ; celui des deux époux qui pourra le premier faire la transcription sera suffisamment indiqué par la sentence.

Mais une difficulté a été soulevée au cas où la conversion d'un jugement de séparation de corps en jugement de divorce avait été prononcée à la demande de l'époux contre lequel la séparation a été prononcée. L'époux à la requête duquel la conversion a été prononcée doit-il être considéré comme ayant obtenu le divorce quoique la séparation de corps eût été prononcée contre lui et peut-il, dès lors, se prévaloir de la disposition de l'article 252 pour requérir la transcription ? Ou bien, au contraire, n'est-ce pas au défendeur à la conversion, qui avait obtenu la séparation de corps, qu'il appartient de requérir la transcription du jugement de conversion,

(1) *Journal officiel*, 13 décembre 1885, *déb. parl.*, p. 1300.

sauf à l'autre époux, au cas où son adversaire n'userait pas de ce droit dans le mois, à requérir lui-même la transcription ? (1).

La Cour de Nancy, par arrêt du 14 janvier 1888, s'est prononcée en ce dernier sens. Elle a décidé que le demandeur en conversion ne pouvait valablement requérir la transcription du jugement dans le premier mois quand le tribunal, tout en admettant la conversion, maintenait à l'époux défendeur à la conversion sa pension alimentaire et la garde de ses enfants ; le divorce dans ce cas doit être considéré comme obtenu par l'époux défendeur et le demandeur en conversion ne peut requérir la transcription que dans le deuxième mois à défaut par le défendeur de l'avoir requise dans le mois.

Voici l'espèce :

Dans les premiers mois de l'année 1887, M. S..., contre lequel sa femme avait précédemment obtenu un jugement de séparation de corps, intentait à son tour contre Mme S... une instance devant le tribunal d'Epinal, à l'effet de faire convertir en divorce la séparation de corps prononcée. Le 2 mars 1887, un jugement a accueilli cette demande. Le jour même où ce jugement était prononcé, les époux S... se rapprochaient et une réconciliation complète et définitive s'opérait entre eux. Néanmoins, l'avoué de M. S... avait fait transcrire sur les registres de l'état civil de R... le jugement de divorce. Pour échapper aux effets de cette transcription, Mme S..., d'accord avec son mari, l'a assigné devant le tribunal civil d'Epinal en nullité de la transcription opérée à l'état civil de R..., et en nullité de toute l'instance

(1) Sirey, 1888.2.53, n. 3.

en divorce pour cause de réconciliation. Le tribunal d'Epinal a repoussé cette demande.

Appel par M. S..., et décision suivante de la Cour de Nancy :

« LA COUR (1) ; — Attendu que la transcription, sur les registres de l'état civil de R..., du jugement de divorce rendu le 2 mars 1887 par le tribunal d'Epinal entre les époux S... est, à un double point de vue, nulle et de nul effet ; — Attendu, d'une part, que la signification dudit jugement de divorce, faite par l'avoué de S... au maire de R... pour arriver à la transcription sur les registres de l'état civil de cette décision judiciaire, a été opérée sans que l'avoué à la requête duquel elle a été faite fût porteur d'un mandat spécial l'autorisant à requérir cette signification et la transcription devant en être la suite ; — Attendu que le mandat *ad litem*, donné à un avoué pour suivre une instance en divorce, ne saurait comprendre implicitement le mandat d'effectuer la signification à l'officier de l'état civil préalable à la transcription du jugement de divorce et de remettre les certificats exigés par l'article 248 du Code de procédure ; — Attendu que le mandat *ad litem* est épuisé pour l'avoué par la signification à partie du jugement obtenu ; mais que, pour remplir auprès de l'officier de l'état civil les formalités édictées par l'article 252 du Code civil, il faut l'intervention même de la partie, ou tout au moins d'un mandataire à ce spécialement désigné par la partie, l'article 252 stipulant en termes formels que la transcription est faite à la requête de la partie qui a obtenu le divorce ; — Attendu qu'il doit d'autant plus en

(1) C. d'appel de Nancy, 14 janvier 1888. Sirey, 1888.2.53.

être ainsi que la transcription est une formalité substantielle d'une importance extrême, qu'elle est la sanction suprême de l'instance en divorce, la mesure d'exécution qui rend définitive la rupture du lien conjugal et qu'on ne comprendrait pas que la loi, qui exige, dans diverses procédures, d'une importance moins grande, l'intervention de la partie elle-même ou d'un mandataire spécial, eût autorisé l'accomplissement de cette formalité décisive sans la sauvegarde de cette intervention ; — Attendu que, faite en dehors de la participation de la partie ou d'un mandataire *ad hoc* de la partie, la signification à l'officier de l'état civil de R... est nulle, et que la transcription qui a été la suite de cette signification est à juste titre arguée de nullité ;

Attendu, d'autre part, que la transcription dont s'agit doit être encore considérée comme nulle, comme ayant été remise par une partie qui était sans qualité à cet effet ; — Attendu que, malgré le silence gardé à cet égard par le dispositif du jugement de divorce entre les époux X..., ledit jugement a prononcé le divorce à la requête de la dame X... et aux torts de son mari ; qu'en effet, et conformément aux conclusions de la dame X..., le jugement de divorce lui a conservé sa pension alimentaire ainsi que la garde de ses enfants, et condamné X..., son mari, aux dépens ; — Attendu que la transcription doit être faite à la requête de la partie qui a obtenu le divorce, aux termes de l'article 252 du Code civil, qui donne à cette partie un délai de deux mois pour faire procéder à la signification préalable à l'officier de l'état civil ; — Attendu que, sans doute, à défaut par la partie qui a obtenu le divorce d'avoir fait ladite signification dans le premier mois, l'autre partie a le droit,

concurrentement avec elle, de faire la signification dans le mois suivant ; — Mais attendu qu'il résulte de cette disposition même que, dans le premier mois, c'est la partie qui a obtenu le divorce qui a seule le droit de faire procéder à la transcription ; — Attendu que, le jugement de divorce ayant été rendu le 2 mars 1887, et étant devenu définitif le 16 mai suivant, la dame X... avait seule, dans le premier mois, c'est-à-dire du 16 mai au 16 juin 1887, qualité pour faire opérer la transcription, le droit de X... à cet effet ne commençant que le 16 juin 1887, point de départ du deuxième mois ; — Attendu que ladite transcription a été cependant opérée à la suite d'une signification faite le 21 mai 1887, à la requête de X..., à ce moment sans droit pour la requérir ; — Attendu que, dans ces conditions, ladite transcription ne saurait être considérée comme valable, et doit être annulée ; — Attendu, en outre, que la réconciliation éteint l'action en divorce, et qu'il est établi et reconnu par les parties elles-mêmes qu'une réconciliation complète s'est opérée entre les époux depuis le jugement de divorce, et antérieurement à la transcription indûment opérée du dit jugement sur les registres de la commune de X... ; — Attendu, dès lors, que l'action en divorce est éteinte, et le jugement ordonnant le divorce ne peut plus recevoir effet ; — Par ces motifs ; — Déclare nulle et de nul effet la transcription du jugement du 2 mars 1887, opérée sur les registres de l'état civil de R... le 26 mai 1887, ensemble la mention de ce jugement en marge de l'acte de mariage du 30 novembre 1874 ; — Dit l'action en conversion de divorce éteinte par la réconciliation des parties, etc. »

La Cour de Nancy a prononcé la nullité de la transcription pour deux motifs :

1° Parce que la transcription avait été requise par l'époux qui avait demandé la conversion de la séparation en divorce, mais contre qui la séparation avait été prononcée ; sa qualité n'était pas changée par la conversion.

2° Parce que la transcription avait été requise par l'avoué de l'une des parties, sans avoir un mandat spécial l'autorisant à requérir cette transcription. Cette réquisition en effet ne peut être faite par l'avoué sans un mandat spécial ; le mandat *ad litem* est épuisé pour lui par la signification à partie du jugement obtenu ; pour remplir auprès de l'officier de l'état civil les formalités édictées par l'article 252 du Code civil, il faut l'intervention même des parties. « Aux époux seuls peut être laissé le droit de requérir la transcription (1), disait l'exposé des motifs de la loi de 1886 ». Ceci ne saurait faire de doute si l'on se reporte au rapport de M. Labiche : « La Commission a examiné la question de savoir si on pouvait faire transcrire d'office par les soins du parquet ou de l'officier ministériel ou du maire lui-même. Sur ces deux questions, la Commission a décidé qu'il y avait lieu d'adopter la rédaction du projet ». Or l'article 19 du projet, devenu dans la loi du 18 avril 1886 l'article 252 du Code civil, ouvre seulement aux parties le droit de requérir le divorce.

Ainsi donc ce sont les époux seuls qui peuvent requérir la transcription ; dans le premier mois du délai accordé pour remplir cette formalité, c'est l'époux qui a obtenu le divorce qui peut seul requérir la transcription ;

(1) Sirey, *Lois annotées* de 1886, p. 56, 3^e col., n. 33.

dans le second mois, les deux époux ont concurremment le droit de faire opérer la transcription.

§ 2. — Quel est l'officier d'état civil compétent ?

Cette question revient à se demander, quel est l'officier de l'état civil compétent pour opérer valablement la transcription du jugement ou de l'arrêt de divorce ?

Avant la loi de 1886, le Code civil ne contenait aucune règle à ce sujet ; aussi la question avait-elle donné lieu à deux systèmes :

Dans un premier système, l'officier de l'état civil compétent était l'officier du domicile de l'époux qui avait obtenu le divorce (1), ce système avait l'avantage d'éviter toute difficulté pratique pour le cas où le mari défendeur à l'action en divorce n'avait pas de domicile connu.

D'après un second système, l'officier de l'état civil compétent était l'officier du domicile du mari. L'article 5 du titre 4, section 5, du décret-loi du 20 septembre 1792 sur l'état civil en décidait ainsi : « Si le divorce est demandé par l'un des époux seulement, il sera tenu de faire signifier à son conjoint un acte aux fins de le voir prononcer ; cet acte contiendra réquisition de se trouver en la maison commune de la municipalité dans l'étendue de laquelle se trouve le *domicile du mari* ». Le décret du 20 septembre 1792 sur le divorce (art. 16, tit. 2) édictait la même règle : « Si les motifs déterminés (du divorce) sont établis par des jugements..., l'époux qui demandera le divorce pourra se pourvoir directement devant l'officier public chargé de recevoir les

(1) Goirand, *Traité du divorce*, p. 127.

actes de mariage dans la municipalité du *domicile du mari* ».

Une circulaire du garde des sceaux aux procureurs généraux de décembre 1884 (1) et une circulaire du procureur de la République près le tribunal de la Seine avaient adopté ce système.

Le tribunal de la Seine l'avait appliqué, notamment par jugement du 5 mars 1885 ; dans ce jugement, le tribunal de la Seine déclarait « autoriser C. à se retirer, pour faire prononcer le divorce devant l'officier de l'état civil de son domicile qui, dans le silence du Code civil, doit être considéré comme seul compétent, par analogie avec la disposition de l'article 16 de la loi du 20 septembre 1792 sur le divorce » (2).

La circulaire du garde des sceaux donnait comme motif que « le mariage subsistant jusqu'à la prononciation du divorce, le domicile légal des deux époux est jusqu'à ce moment le domicile du mari ».

Mais ce système laissait surgir une difficulté dans le cas où le mari était sans résidence ni domicile connus ; la difficulté a été soulevée plusieurs fois dans la pratique et le 21 novembre 1884, le tribunal de la Seine a adopté, dans ce cas, la compétence de l'officier d'état civil du domicile de la femme, en se basant sur l'article 17, § 2, du décret-loi du 20 septembre 1792 sur le divorce.

2^e Espèce. — (N... c. N...). — Jugement.

« LE TRIBUNAL ; — Donne défaut contre le maire du 9^e arrondissement non comparant et pour le profit : — Attendu que la dame N..., ayant obtenu de cette cham-

(1) Voyez le texte dans Carpentier, I, p. 400.

(2) Trib. civ. de la Seine, 5 mars 1885, Sirey, 1885.2.72.

bre, le 14 août 1884, un jugement qui convertit en divorce sa séparation de corps d'avec son mari, a, par exploit de Mercier, huissier à Paris, du 12 novembre 1884, requis le maire du 9^e arrondissement de fixer jour pour la prononciation du divorce, en vertu de l'article 264 du Code civil ; que cet officier s'y est refusé, par le motif que le domicile du mari absent n'était constaté par aucun acte qui puisse donner une certitude absolue, et que le procès-verbal de carence ne pouvait être admis comme preuve de ce domicile ; — Attendu que si, aux termes de l'article 5 de la loi du 20 septembre 1792, sur l'état civil, le divorce doit être prononcé par l'officier de l'état civil de la municipalité, dans l'étendue de laquelle le mari a son domicile, il résulte de ce qui précède que N... n'avait plus, depuis dix années, de domicile dans le 9^e arrondissement ; — Attendu que, lorsque le mari n'a ni domicile ni résidence connus en France, en l'absence de disposition légale existante, il y a lieu de décider que l'officier de l'état civil du domicile de la femme est compétent pour prononcer le divorce, par application de la règle énoncée en l'article 59, § 8, du Code de procédure, et par analogie avec la règle qui était édictée par l'article 17, § 2, de la loi du 20 septembre 1792 sur le divorce, ainsi conçu : « Dans le cas de divorce pour absence de cinq ans sans nouvelles, l'épouse qui le demandera pourra se pourvoir directement devant l'officier public de son domicile » ; — Attendu que la dame N... n'est pas domiciliée dans le 9^e arrondissement ; qu'ainsi à aucun point de vue, le maire de cet arrondissement n'est compétent pour prononcer le divorce ; que c'est à bon droit qu'il s'y est refusé ; — Attendu qu'à raison de ce qui vient d'être dit concernant la compétence de l'offi-

cier de l'état civil du 9^e arrondissement de Paris, il n'y a lieu de statuer sur ce point ; — Par ces motifs ; — Déclare la dame N... mal fondée en sa demande contre le maire du 9^e arrondissement ; — L'en déboute, etc. »

Il faut le reconnaître, ce système pouvait ne pas donner satisfaction à tous les besoins de la pratique et ce qui pouvait compliquer la difficulté c'est que le ministre de la justice, dans la circulaire aux procureurs généraux, avait donné des instructions différentes. « Lorsque le mari est sans domicile connu en France, je pense, conformément à la jurisprudence admise en Belgique, disait-il, que le tribunal, en admettant la demande en divorce, pourra commettre un officier de l'état civil pour prononcer la dissolution du mariage (1) ».

Le législateur de 1886 a voulu, par une disposition formelle, couper court à toutes les difficultés. Aux termes de l'article 251 modifié par la loi de 1886 : « Le dispositif du jugement ou de l'arrêt est *transcrit sur les registres de l'état civil du lieu où le mariage a été célébré*. Mention est faite de ce jugement ou arrêt en marge de l'acte de mariage, conformément à l'article 49 du Code civil. Si le mariage a été célébré à l'étranger, la transcription est faite sur les registres de l'état civil du lieu où les époux avaient leur dernier domicile, et mention est faite en marge de l'acte de mariage, s'il a été transcrit en France ».

Il ne saurait donc y avoir difficulté dans l'avenir : l'officier de l'état civil compétent pour transcrire le jugement ou arrêt prononçant le divorce est l'officier d'état civil du lieu où le mariage a été célébré, quel que soit le domicile actuel des époux.

(1) Voir dans Carpentier, I, p. 400.

§ 3. — A quel moment la transcription peut-elle être faite ?

Aux termes de l'article 252, § 1 : « La transcription est faite à la diligence de la partie qui a obtenu le divorce ; à cet effet la décision est signifiée, dans un délai de deux mois à partir du jour où elle est devenue définitive, à l'officier de l'état civil compétent, pour être transcrite sur les registres. A cette signification doivent être joints les certificats énoncés en l'article 548 (1) du Code de procédure, et en outre, s'il y a eu arrêt, un certificat de non-pourvoi ».

La décision judiciaire ne peut donc être transcrite qu'à partir du jour où elle est devenue définitive.

Que faut-il entendre par décision devenue définitive ?

Dans le cours de la discussion de l'article 252, § 1, il a été dit que la décision prise devient définitive quand on a épuisé toutes les voies de juridiction.

En première délibération, le Sénat avait voté la rédaction suivante : « Le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce ne peut être exécuté qu'autant que, par l'expiration intégrale des délais légaux, il n'est plus susceptible d'aucune voie de recours de la part des parties ».

Sur la proposition de certains membres de la Commission, une nouvelle rédaction exprimant la même

(1) L'article 548 du Code de procédure est ainsi conçu : « Les jugements qui prononceront une mainlevée, une radiation d'inscription hypothécaire, un paiement ou quelque autre chose à faire par un tiers ou à sa charge, ne seront exécutoires par les tiers ou contre eux, même après les délais de l'opposition ou de l'appel, que sur le certificat de l'avoué de la partie poursuivante, contenant la date de la signification du jugement faite au domicile de la partie condamnée, et sur l'attestation du greffier constatant qu'il n'existe contre le jugement ni opposition ni appel ».

pensée a été adoptée et voici le texte qui a été définitivement voté : « Le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce n'est pas susceptible d'acquiescement (art. 249) ».

L'esprit de la loi n'est donc pas douteux : le législateur a considéré comme définitive la décision judiciaire qui n'était plus susceptible d'aucune voie de recours, soit que les délais pour exercer ces diverses voies de recours aient expiré sans tentative de la part de l'époux condamné, soit que les diverses voies de recours n'aient abouti qu'à la confirmation de la sentence primitive. La loi de 1886 ne défend qu'une chose, c'est de précipiter la conclusion définitive du divorce par un acquiescement à la sentence c'est-à-dire par une renonciation aux délais fixés par la loi pour l'exercice des diverses voies de recours et conséquemment à l'exercice de ces voies de recours elles-mêmes.

« L'acquiescement à un jugement, dit M. Colmet de Santerre, prive la partie qui a acquiescé du droit d'interjeter appel, de même que l'acquiescement à un arrêt frappé par un pourvoi en cassation rend inutile ce pourvoi. Telle est la règle générale à laquelle l'article 249 déroge quand il s'agit d'un jugement ou d'un arrêt prononçant le divorce. La législation a vu dans cet acquiescement quelque chose comme un acte opérant le divorce par consentement mutuel, et elle l'a prohibé, ne tenant pas compte de ce fait que l'inaction de la partie pendant les délais d'appel ou de pourvoi constitue aussi la preuve d'un consentement qui concorde avec la volonté du demandeur. Il existe cependant une différence que la loi a comprise et qui l'a inspirée : l'acquiescement proprement dit est l'acte d'un instant ; il manifeste une volonté qui n'a peut-être existé qu'au seul moment où elle s'expri-

mait, tandis que l'acquiescement tacite, résultant de l'expiration d'un délai, a dû persister pendant un long espace de temps ; il a été réfléchi et mûri, donc il est plus sérieux. C'est, du reste, une des théories particulières à notre loi sur le divorce de multiplier les délais qui imposent aux parties la nécessité de réfléchir ; elle n'a pas voulu que le dernier délai pût être abrégé plus que les autres (1) ».

Il est donc certain que, si l'acquiescement exprès à un jugement ou arrêt prononçant le divorce est prohibé par la loi, l'époux condamné est libre, en n'interjetant pas appel du jugement, en ne formant pas de pourvoi en cassation contre l'arrêt, de laisser acquérir à la décision rendue contre lui l'autorité de la chose jugée (2). On ne peut nier qu'il y a là un véritable acquiescement *tacite* ?

Peut-on aller plus loin et admettre l'acquiescement tacite dans tous les cas, même quand il résulte d'un acte d'exécution donné au jugement ou à l'arrêt par l'époux condamné, ou quand il résulte d'un désistement à un acte d'appel ou à un pourvoi en cassation.

La Cour de Chambéry, par arrêt du 19 juillet 1887, a décidé qu'il fallait voir un acquiescement valable dans le fait qu'un époux condamné avait comparu volontairement devant le notaire chargé par jugement de la liquidation de la communauté et avait déclaré n'avoir aucune réclamation à élever (3).

« LA COUR ; — Sur la recevabilité de l'appel, émis par Thomas Decheverens, du jugement rendu par le tribu-

(1) Colmet de Santerre, *Cours analytique de Droit civil*, 3^e édition (1895), n^o 359 *bis*, p. 521.

(2) Note 4-5, Sirey, 1890.2.217.

(3) Cour de Chambéry, 19 juillet 1887, Sirey, 1890.3.218.

nal de Thonon, les 24 juillet et 23 décembre 1885, dans l'instance en divorce suivie contre lui par Marie-Louise Ducret, son épouse :

Attendu, d'ailleurs, qu'indépendamment de cette première exception, une seconde fin de non-recevoir, proposée par l'intimée, et fondée sur l'exécution par l'appelant du jugement déféré antérieurement à son appel, devait être accueillie ; qu'en effet, ledit jugement avait renvoyé les parties devant M^e Tochon, notaire à Douvaine, pour la liquidation de la communauté ayant existé entre elles, liquidation qui était la conséquence nécessaire du divorce prononcé, et qu'il ressort du procès-verbal dressé par cet officier public, à la date du 23 février 1886, que Thomas Decheverens, dûment assigné par devant lui pour cette liquidation, a obéi à cette assignation, s'est présenté en personne devant le notaire prénommé, et a déclaré n'avoir aucune réclamation à formuler au sujet de ladite communauté ; qu'à la vérité, il s'est retiré après avoir ajouté qu'il refusait de signer aucun procès-verbal, mais que sa comparution et sa déclaration, constatées par le notaire dont le procès-verbal fait foi jusqu'à inscription de faux, constituent une exécution partielle du jugement dont est appel ; qu'en agissant ainsi, Thomas Decheverens se rendait inhabile à se pourvoir par cette voie contre ledit jugement ; qu'il ne saurait d'ailleurs être admis à soutenir qu'ainsi envisagées, sa comparution et la déclaration qui l'a suivie équivaudraient à un acquiescement du jugement prononçant le divorce et qu'en une pareille matière, qui intéresse l'ordre public et les mœurs, un acquiescement serait sans valeur ; que les prescriptions de la loi n'autorisent pas l'admission de cette doctrine ;

que, si elle interdit le divorce par consentement mutuel, et interdit tout acquiescement à une demande en divorce, il n'en est plus ainsi, lorsque cette demande, régulièrement et contradictoirement débattue, a été suivie d'un jugement également contradictoire prononçant le divorce ; que, dans ce cas, et alors que la justice a prononcé sur l'action intentée, aucune disposition du Code n'impose l'appel à la partie qui a succombé dans l'instance ; que, pouvant s'abstenir de former cet appel, elle a la faculté d'exécuter de suite le jugement du tribunal, et que cette exécution, lui fermant la voie de l'appel, est l'application du droit commun, auquel en ce point la loi, en matière de divorce, n'apporte aucune exception ; qu'ainsi, la fin de non-recevoir est juridiquement justifiée, et qu'elle suffirait, en l'absence de toute exception de forme, pour rendre l'appel non recevable ;

Par ces motifs ;— Déclare l'appel non recevable, etc. »

D'autre part, la circulaire du Parquet de la Seine adressée aux maires du ressort le 25 juillet donnait les instructions suivantes : « En matière de divorce, nul ne peut se désister du droit qu'il a d'interjeter appel ou de se pourvoir en cassation ; mais une fois l'appel interjeté ou le pourvoi formé, le désistement est possible. 1^o L'appel a été interjeté ou le pourvoi formé pendant le délai de deux mois accordé à cet effet et le désistement se produit avant l'expiration de ce délai. — Dans ce cas, le désistement remettant les choses en état, le délai de deux mois doit être rigoureusement observé, avant que l'officier de l'état civil puisse opérer la transcription de la décision qui a prononcé le divorce.

2^o L'appel a été interjeté, le pourvoi a été formé, mais la Cour d'appel ou la Cour de cassation n'ont pas encore

statué, et la partie se désiste, alors que le délai d'appel ou de pourvoi est expiré. — Dans cette hypothèse, le délai de deux mois accordé par la loi pour la transcription, commencera à courir du jour de la signification du désistement faite par l'huissier.

Si l'époux qui s'est désisté refusait de signifier son désistement, j'estime qu'il appartiendrait à la partie adverse de faire une sommation à fin de signification, dans un délai de trois jours, à l'expiration duquel le délai de deux mois pour transcrire commencerait à courir ».

Si l'on admettait l'arrêt de la Cour de Chambéry et la circulaire du Parquet de la Seine du 25 juillet 1888, il faudrait décider que la loi interdit l'acquiescement *exprès*, mais qu'elle autorise parfaitement l'acquiescement *tacite*.

Mais cette opinion n'a pas été admise.

Ainsi que le fait remarquer l'annotateur du Sirey (1), l'article 249 interdit d'acquiescer aux jugements ou arrêts de divorce ; ce texte ne fait aucune distinction entre l'acquiescement *exprès* et l'acquiescement *tacite* ; il en faut conclure que l'un et l'autre sont également sans effet et que, malgré les actes d'exécution par lui donnés au jugement ou à l'arrêt, l'époux condamné n'en est pas moins recevable à interjeter appel du jugement ou à se pourvoir en cassation contre l'arrêt. S'il en était autrement, l'efficacité de la disposition de l'article 249 serait purement illusoire, puisque l'interdiction d'acquiescer serait aisément éludée au moyen d'actes d'exécution qui, tout en ayant le même effet que l'acquiescement *exprès*,

(1) Note 4-5, sous Chambéry, 19 juillet 1887, Sirey, 1890.2.217.

ne contreviendraient pas à la défense portée par l'article 249. D'autre part les travaux préparatoires confirment cette interprétation ; la première rédaction de l'article 249 portait que « le jugement ou arrêt qui prononce le divorce ne peut être exécuté qu'autant que, par l'expiration intégrale des délais légaux, il n'est plus susceptible d'aucune voie de recours de la part des parties ». M. Labiche, en présentant le texte définitivement adopté qui prohibe simplement l'acquiescement, expliquait : « c'est absolument ce que nous avons dit dans notre première rédaction ; seulement quelques-uns de nos collègues ayant manifesté avec insistance leur préférence pour l'autre rédaction, comme cette nouvelle rédaction n'a pas d'inconvénients, nous l'avons adoptée afin de simplifier le débat ». C'est donc que l'article 249 interdit aussi bien l'acquiescement tacite résultant des actes d'exécution donnés au jugement ou à l'arrêt de divorce que l'acquiescement exprès.

C'est en se basant sur ces principes que la Cour de Caen, par arrêt du 19 février 1889, a décidé que la signification sans protestation ni réserves du jugement de divorce, à la requête de l'un des époux, ne rendait pas cet époux irrecevable à interjeter appel, car une pareille signification peut bien constituer un acquiescement de la part de la partie de qui émane la signification, mais à une condition, c'est que cette partie puisse donner un acquiescement valable (1), ce qui ne peut être admis en cas de jugement de divorce (art. 249).

« LA COUR (2) ; — Sur la fin de non-recevoir opposée

(1) Cf. Sirey, 1890.2.218, note.

(2) Cour de Caen, 19 février 1889, Sirey, 1890.2.219.

par la dame Alexandre : — Attendu que, les 15 et 29 juin 1888, Alexandre a fait signifier à la dame Alexandre et à son avoué le jugement dont est appel, prononçant le divorce au profit de chacun des époux ; que cette signification pure et simple a été faite sans protestation ni réserve ; — Attendu que, le 29 juin, la dame Alexandre a signifié, de son côté, le même jugement ; — Attendu que, le 2 juillet, Alexandre a porté l'appel ; — Attendu qu'Alexandre soutient que la signification faite à sa requête, sans protestation ni réserve, a été faite à son insu et contrairement à ses instructions ; qu'il a introduit une action en désaveu contre les officiers ministériels qui ont fait cette signification, et que, dans ses conclusions subsidiaires, il demande à la Cour de surseoir à statuer jusqu'au vide de l'instance en désaveu ; — Attendu que ce sursis n'est pas nécessaire ; qu'en effet, si une règle générale, dont l'article 443 du Code de procédure civile n'est qu'une application particulière, veut que celui qui signifie un jugement sans protestation ni réserve se rende non recevable à user des voies ordinaires et extraordinaires admises par la loi pour attaquer les jugements, il n'en est ainsi que parce que la signification pure et simple renferme un acquiescement virtuel au jugement ; mais qu'en matière de divorce, aux termes de la disposition spéciale et exceptionnelle de l'article 249 du Code civil, le jugement qui prononce le divorce n'est susceptible d'aucun acquiescement ; — Au fond... ; — Par ces motifs ; — Rejette la fin de non-recevoir proposée par la dame Alexandre, etc. »

Enfin la Cour de cassation, par arrêt du 23 octobre 1889, a décidé que, si la demande en divorce avait été accueillie par le tribunal et frappée d'appel, l'époux qui

a fait appel ne pouvait valablement se désister et que s'il est défaillant, la Cour d'appel ne peut se borner à le débouter de son appel sans examiner le fond. La disposition du nouvel article 249 conduit logiquement à ce résultat, dit M. Demangeat (1).

Dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du 23 octobre 1889, il s'agissait d'un appel formé contre un jugement du tribunal de Corbeil qui avait prononcé le divorce aux torts du mari, avait condamné celui-ci à fournir à la demanderesse une pension de 300 francs et confié l'enfant à la mère. Le mari condamné avait interjeté appel, mais, à l'audience, il avait fait défaut. La Cour de Paris n'avait pas voulu donner défaut-congé ; elle avait décidé qu'il y avait lieu d'examiner l'affaire au fond, puis, elle avait réformé le jugement et déclaré la femme mal fondée dans sa demande. Son pourvoi en cassation fut rejeté par arrêt du 23 octobre 1889 sur rapport de M. Féraud-Giraud.

M. le conseiller rapporteur Féraud-Giraud s'exprimait ainsi dans son rapport : « S'il est de règle, d'après la jurisprudence, que, lorsque l'appelant ne se présente pas pour soutenir son appel, le jugement doit être confirmé sans vérification, sans contredire à ces principes, votre jurisprudence en écarte l'application, lorsqu'il s'agit de matières qui tiennent à l'ordre public ».

M. Féraud-Giraud concluait : « Et maintenant, en deux mots, cette exception reconnue, est-ce le cas de la prendre ici pour règle ? Il s'agit du mariage et de sa dissolution, c'est-à-dire de l'établissement et de la constitution de la famille, des droits sociaux des conjoints et de leurs enfants ; n'est-ce pas là une matière tenant à

(1) Demangeat sur Mourlon, I, 13^e édit., p. 466, n. 3.

l'ordre public? Il s'agit spécialement d'un divorce, c'est-à-dire de la dissolution du mariage, de la rupture du lien conjugal; ne suffit-il pas de dire que rien de pareil n'est laissé à l'arbitraire des citoyens, ne peut être l'objet de conventions privées, d'accords volontaires, de transactions, de stipulations d'aucune sorte, notamment de désistement ou d'acquiescement? Le divorce par consentement mutuel, notre loi l'a aboli. Le divorce ne peut être prononcé que par l'autorité judiciaire, la demande doit être instruite et jugée dans des conditions déterminées par la loi, et le divorce prononcé dans les cas qu'elle prévoit. Donc cette matière est spécialement réservée à l'autorité judiciaire, qui ne peut s'abstenir et se borner à sanctionner l'acquiescement de l'une des parties.

On dit, pour justifier les défaut-congés avec les effets légaux qu'on veut leur attribuer, que c'est en cas d'appel le résultat de l'acquiescement au jugement donné par l'appelant après réflexion. Nous répondrons avec l'article 249 de la loi du 18 avril 1886 : « Le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce n'est pas susceptible d'acquiescement ». Casser l'arrêt de la Cour de Paris qu'on vous défère, ce serait, selon nous, violer de la manière la plus formelle cet article. Si vous le pensez comme nous, vous rejetterez le pourvoi (1) ».

La Cour, adoptant les conclusions du rapporteur, rejeta le pourvoi.

« LA COUR (2);—Sur le moyen unique du pourvoi, tiré de la fausse application des articles 149 et 150 du Code de procédure et de la violation des articles 154, 434 et 470 du même Code : — Attendu qu'aux termes de l'arti-

(1) Rapport de M. Féraud-Giraud, 23 octobre 1889, Sirey, 1890.1.64.

(2) Cassation Req., 23 octobre 1889, Sirey, 1890.1.64.

cle 227 du Code civil, le mariage n'est dissous par le divorce qu'autant que ce divorce est « légalement prononcé », à raison des causes et suivant les formes prescrites par la loi, et notamment à la suite d'une action en justice intentée et suivie en conformité des articles 234 et suivants du même Code ; — Attendu que, d'après le nouvel article 249 dudit Code (loi du 18 avril 1886), « le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce n'est pas susceptible d'acquiescement ; — Attendu, dès lors, que, lorsque, à la suite d'un jugement rendu en cette matière, l'une des parties a régulièrement investi les juges d'appel, il est du devoir de ceux-ci d'examiner si le divorce qui a été prononcé par les premiers juges a été légalement déclaré, et il ne peut dépendre de l'appelant, par son abstention de soutenir l'appel qu'il a interjeté, de mettre la Cour d'appel dans l'impossibilité d'exercer le contrôle dont la loi lui fait un devoir, et de l'obliger à maintenir une décision qu'elle considérerait comme ayant été illégalement prononcée ; — Attendu que cette règle, dans la matière spéciale dont il s'agit, fait exception au principe posé dans l'article 434 du Code de procédure, relativement au défaut-congé ; — D'où il suit que la Cour de Paris, tout en donnant défaut contre Moisan, au lieu de le renvoyer purement et simplement de son appel envers le jugement qui prononçait le divorce au profit de sa femme, a régulièrement procédé en examinant le mérite du jugement de première instance, et a pu dès lors en prononcer la réformation sans violer les articles de loi précités ; — Rejette, etc. »

L'acquiescement exprès ou tacite étant prohibé, il faut décider que la décision n'est définitive qu'après que :

- 1^o toutes les voies de recours ont été successivement

intentées sans succès ; 2° que les délais pendant lesquels ces voies de recours auraient pu être intentées, quand elles ne l'ont pas été, sont expirés, si du moins ces délais sont suspensifs.

Quelles sont donc les voies de recours dont le jugement prononçant le divorce est susceptible ?

Les voies de recours contre les jugements prononçant le divorce sont :

1° l'opposition (art. 247) ;

2° l'appel (art. 248) ;

3° le pourvoi en cassation (art. 248, § 5) ;

4° la requête civile.

Au contraire, la tierce opposition ne serait pas admissible ; si cette voie de recours est admise d'une manière générale en matière contentieuse, il y a des exceptions cependant tenant à ce que la loi exclut l'intervention des personnes n'ayant qu'un intérêt pécuniaire dans certains procès où se trouvent engagées des questions d'ordre plus moral que pécuniaire.

« Pour le divorce, la Cour de cassation s'était prononcée nettement dès 1838, mais elle fondait sa solution sur de mauvais motifs : « Attendu, disait la Cour, qu'un divorce ainsi prononcé est, quant à la dissolution du mariage, à l'abri de toute espèce d'attaque de la part des tiers, comme de la part des époux divorcés, parce que l'état des hommes ne saurait demeurer incertain sans qu'il en résulte un trouble dans la famille et une perturbation dans l'ordre social ». Ces considérants donnent une formule trop compréhensive, qui embrasserait les jugements déclaratifs, auxquels l'effet absolu demeure en principe étranger (1) ».

(1) Raymond Bufnoir, *De l'autorité de la chose jugée en matière d'état des personnes*, thèse de doctorat, 1893, p. 56.

Il n'en est pas moins certain que le jugement de divorce jouit d'une autorité absolue à raison de sa nature même : « la preuve en est, dit M. Raymond Bufnoir, dans les mesures de publicité que la loi a prescrites pour porter ces jugements à la connaissance des tiers (art. 250, C. civ.). Les tiers devront s'y soumettre et ne pourront pas les attaquer par la tierce opposition, car cette voie de recours, admise en principe en matière contentieuse, est exceptionnellement fermée lorsque l'effet du jugement est absolu (1) ».

Quant aux autres voies de recours, elles sont indiquées et réglées par les articles 247 et 248. Aux termes de l'article 247 : « Le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce par défaut est signifié par huissier commis. Si cette signification n'a pas été faite à personne, le président ordonne, par simple requête, la publication du jugement par extrait dans les journaux qu'il désigne. L'opposition est recevable dans le mois de la signification, si elle a été faite à personne, et, dans le cas contraire, dans les huit mois qui suivront le dernier acte de publicité ».

D'après l'article 248 : « L'appel est recevable pour les jugements contradictoires dans les délais fixés par les articles 443 et suivants du Code de procédure civile. S'il s'agit d'un jugement par défaut, le délai ne commence à courir qu'à partir du jour où l'opposition n'est plus recevable..... Le délai pour se pourvoir en cassation court du jour de la signification à partie pour les arrêts contradictoires, et, pour les arrêts par défaut, du jour où l'opposition n'est plus recevable. Le pourvoi est

(1) Raymond Bufnoir, *ead. loc.*, p. 58.

suspensif en matière de divorce et en matière de séparation de corps ».

Il faut donc, pour savoir à quel moment une sentence judiciaire est définitive, distinguer entre les jugements par défaut et les jugements contradictoires.

I. *Jugements par défaut.* — Avant la loi de 1886, les jugements par défaut ne pouvaient être attaqués par la voie de l'opposition ; il était admis généralement que le Code civil et la loi de 1884 avaient confirmé sur ce point l'ordonnance de 1667 qui n'admettait l'opposition qu'à l'encontre des jugements par défaut rendus en dernier ressort.

C'est ce qu'avait jugé la Cour de Paris par l'arrêt du 25 mars 1886 (1).

Un jugement du tribunal de la Seine en date du 3 décembre 1884 rendu par défaut contre un nommé Judée avait converti en jugement de divorce, à la requête de la dame Judée, le jugement qui avait antérieurement prononcé la séparation d'entre eux. Judée crut devoir former opposition. Le 18 février le tribunal de la Seine déclarait son opposition non recevable et la Cour le 25 mars a confirmé le jugement.

« Considérant que l'article 263 disant : « L'appel ne sera recevable qu'autant qu'il aura été interjeté dans les 3 mois à compter du jour de la signification du jugement rendu contradictoirement ou par défaut », cette disposition exclut évidemment, au regard du jugement par défaut, toute autre voie de recours que l'appel et que cette opinion n'est pas infirmée par le Code de procédure qui, après avoir déterminé dans les articles 875 et suivants les formes à suivre en cas de séparation de

(1) Cour de Paris, 25 mars 1886. Sirey, 1886.2.731.

corps, dit que pour le divorce il faut s'en remettre au Code civil. » Il faut rapprocher de cette décision l'article 265 qui dit : « Ces deux mois (délai imparti pour faire prononcer le divorce) ne commenceront à courir, à l'égard des jugements de l'instance, qu'après l'expiration du délai d'appel, à l'égard des arrêts rendus *par défaut*, en cause d'appel, qu'après les délais d'opposition... »

La loi de 1886 a tranché toute controverse à cet égard et a formellement admis l'opposition comme voie de recours ordinaire contre les jugements par défaut (art. 247).

« Une question des plus discutées, disait l'exposé des motifs, est celle de savoir si l'opposition est admise en matière de divorce. L'article 14 du projet (247 *de la loi*) tranche cette question et admet que sur ce point encore les règles ordinaires devront être suivies. Les jugements par défaut seront donc susceptibles d'opposition. Il était nécessaire [que les décisions de défaut fussent aussi rares que possible. Tel est le but du paragraphe 1^{er} de l'article 14. Il importait également qu'une exécution du jugement fût possible et que la menace d'une opposition n'en suspendit pas indéfiniment les effets. A cet effet, le 2^e paragraphe du même article distingue deux cas. Si le jugement peut être signifié à personne, le délai d'opposition ne sera que d'un mois ; si la signification à personne n'a pu avoir lieu, l'exécution qui fera courir les délais d'opposition consistera en mesures de publicité. L'opposition ne sera recevable que dans les huit mois qui suivront les publications prescrites. Ce délai de huit mois a été choisi comme étant actuellement le délai le plus long fixé pour les ajournements par le Code de procédure ».

Bien entendu, pour être valable, l'opposition doit être formée dans les délais fixés par l'article 247 ; une opposition tardive ne serait pas recevable (1).

D'autre part, l'opposition peut être formée tant que les délais ne sont pas expirés, et un appel formé contre ce jugement ne pourrait y mettre obstacle, le délai d'appel ne commençant à courir, l'appel n'étant recevable qu'à partir du jour où l'opposition n'est plus recevable (art. 248, § 2).

C'est ce qu'a jugé la Cour d'Alger par arrêt du 7 novembre 1893.

« LA COUR ;— Sur la recevabilité de l'appel formé par la dame de Lauer contre le jugement de défaut faute de constitution d'avoué du 20 mai 1893, du tribunal d'Alger :

Attendu que la prohibition d'appel d'un jugement par défaut encore susceptible d'opposition s'applique indistinctement à l'appel de la partie qui a requis le jugement et à celui de la partie défaillante ; que les termes de l'article 455 du Code de procédure s'appliquent, dans leur généralité, dans l'un et l'autre cas (2) ;

Attendu que la loi du 18 avril 1886 sur le divorce n'a pas modifié en cette matière le principe posé par l'article précité du Code de procédure, qui interdit ainsi, à l'une comme à l'autre des parties adverses, de cumuler la voie de l'appel et celle de l'opposition, et qui formule cette interdiction uniquement pour éviter entre les juridictions du premier et du deuxième degrés des décisions contraires et irréparables ; — Attendu, au surplus, que, depuis la déclaration d'appel de la dame de Lauer, le

(1) Cour d'Amiens, 30 novembre 1887, Sirey, 1888.2.87 ; Cour de Douai, 8 mai 1893, Sirey, 1894.2.6 et notes 1-2.

(2) C. d'Alger, 7 novembre 1893. Sirey, 1894.2.244.

sieur de Lauer, qui se trouvait encore dans les délais légaux, a formé opposition au jugement dont est appel, et qu'à l'heure actuelle, deux juridictions se trouveraient simultanément saisies d'une voie de recours contre la même décision, au mépris des dispositions de l'article 455 du Code de procédure, si l'appel de la dame de Lauer était déclaré recevable ; — Attendu, par suite, qu'il échet de faire droit sur ce point aux conclusions du sieur de Lauer, sans avoir égard à la demande subsidiaire de sursis présentée par l'appelante ;

Par ces motifs ; — Déclare la dame de Lauer non recevable dans son appel d'un jugement de défaut frappé d'opposition, etc.

Du 7 novembre 1893. »

Conformément à ces principes, le Parquet de la Seine a envoyé aux maires du ressort les instructions suivantes à ce sujet :

« Jugements par défaut (1). Sous l'empire de la législation antérieure, les jugements rendus par défaut en matière de divorce n'étaient pas susceptibles d'opposition. La loi du 18 avril 1886 permet, au contraire, de faire opposition à ces jugements.

Il faut donc, pour qu'un jugement par défaut soit définitif, attendre successivement l'expiration des délais d'opposition et d'appel.

Quand expirent, pour les jugements par défaut prononçant le divorce, les délais d'opposition et les délais d'appel ?

Il faut distinguer :

Si le jugement a été signifié à la *personne* de l'époux

(1) Circulaire du 25 juillet 1887, p. 2.

défendeur, le délai pour faire opposition est d'un mois à partir du jour de cette signification (art. 247). C'est à l'expiration de ce délai d'un mois que courent les délais d'appel.

Si, au contraire, le jugement a été signifié non pas à la personne de l'époux défendeur, mais seulement à son *domicile*, le Président du Tribunal ordonne, à la requête du demandeur, que le dit jugement soit rendu public ; la publication en est faite dans les journaux désignés par ce magistrat dans son ordonnance. Les délais d'opposition sont alors de huit mois, à compter du dernier acte de publicité (art. 247), et c'est à l'expiration de ces huit mois que commencent à courir les délais de l'appel.

Arrêts par défaut. — En ce qui concerne les arrêts par défaut, les délais pour se pourvoir devant la Cour de cassation courent à partir du jour où l'opposition n'est plus recevable (art. 248).

Quant au calcul des délais d'opposition, les règles rappelées ci-dessus pour les jugements par défaut sont applicables. Ce sont toutefois les délais pour se pourvoir en cassation qui remplacent les délais d'appel ».

II. *Jugements contradictoires.* — a) Contre les jugements contradictoires en premier ressort, il n'y a qu'une seule voie de recours, l'appel.

Deux hypothèses peuvent se présenter :

1° Le jugement n'a pas été frappé d'appel ; dans ce cas, il devient définitif dès que les délais d'appel sont expirés ; le délai d'appel produit ici un effet suspensif contrairement aux principes généraux et il ne pouvait en être autrement puisque le jugement de divorce n'est pas susceptible d'acquiescement ; jusqu'à l'expiration du

délai d'appel, on est dans l'incertitude sur le point de savoir si le jugement sera ou non frappé d'appel.

Ainsi que l'a dit fort justement la Cour d'appel de Bourges : « Il est de principe que tout jugement rendu en premier ressort a l'autorité de la chose jugée tant qu'il n'est pas attaqué par la voie de l'appel et de l'opposition, et qu'il passe en force de chose irrévocablement jugée, s'il n'a pas été attaqué dans les délais de la loi » (1).

Voici à ce sujet les instructions contenues dans la Circulaire du 25 juillet 1887 adressée par le Parquet de la Seine aux maires du ressort :

« Quand la décision est-elle définitive c'est-à-dire à partir de quel jour commence le délai de deux mois dans lequel la signification doit être faite ?

Jugements contradictoires. Si la décision qui a prononcé le divorce émane du tribunal de 1^{re} instance et si elle a été rendue contradictoirement, elle devient définitive le lendemain du jour où expirent les délais d'appel.

Or les délais d'appel courent, pour les jugements contradictoires, à partir de la signification du jugement à personne ou à domicile (article 443 du Code de procédure civile). Ces délais sont de deux mois. Ils s'entendent non point de deux fois trente jours, mais de deux mois calculés d'après le calendrier grégorien ; ils sont francs, c'est-à-dire que le jour de la signification et celui de l'échéance ne sont pas comptés dans ce délai, conformément à l'article 1033 du Code de procédure civile, dont les dispositions sont générales et doivent servir de règle pour le calcul des délais.

(1) Cour de Bourges, 3 novembre 1890, Sirey, 1891.2.245.

C'est donc du lendemain du jour de l'échéance des délais d'appel que court le délai de deux mois pour transcrire le jugement de divorce sur les registres de l'état civil ».

2^o Contre les arrêts contradictoires, les voies de recours qui peuvent être intentées sont : le pourvoi en cassation et la requête civile, mais la requête civile n'est jamais suspensive, le pourvoi en cassation est suspensif au contraire en matière de divorce exceptionnellement (art. 248, § 5). Les motifs de cette décision exceptionnelle ont été remarquablement mis en lumière par M. Ruben de Couder dans un rapport à la Cour de cassation.

M. le conseiller Ruben de Couder, chargé du rapport dans l'affaire qui s'est terminée par un arrêt du 23 novembre 1891, disait : « Aux termes de l'article 16 de la loi organique du 27 novembre 1790, dit le demandeur en cassation, le pourvoi en matière civile n'est jamais suspensif. Telle est la règle, sauf l'exception portée dans l'article 263 du Code civil, devenu l'article 248 de la loi actuelle sur le divorce. Et encore, l'article 263, dans son texte primitif, tel qu'il avait été élaboré par le Conseil d'Etat, ne contenait aucune disposition spéciale à cet égard : l'innovation a été introduite par la section de législation du Tribunat, et voici sous l'influence de quelles considérations : « On a cru, dit-on dans les procès-verbaux, qu'en matière de divorce le pourvoi devait être suspensif, parce qu'il s'agit d'une chose irréparable par sa nature; il est plus convenable de suspendre dans ce cas la prononciation du divorce dont les traces pourraient devenir des motifs de mécontentement et d'aigreur entre les époux. Cette grave dérogation au droit commun, a

done été édictée en vue d'empêcher la prononciation du divorce et les conséquences irrémédiables qui seraient résultées de la célébration d'une nouvelle union par l'un des époux au cours de l'instance en cassation, alors que tout n'était pas terminé et que le sort des époux, leur situation conjugale respective pouvait encore être remis en question par l'issue du pourvoi (1) ».

Il n'est pas douteux que le pourvoi en cassation soit suspensif, l'article 248 le dit formellement, mais les motifs qui justifient cette suspension ne s'appliquent-ils pas aussi au délai du pourvoi?

M. Colmet de Santerre constate qu'il n'est rien dit d'un effet suspensif qu'on attribuerait au délai même dans lequel le pourvoi est possible. « Par conséquent, le jugement peut être exécuté tant que le pourvoi n'est pas formé ; c'est la règle générale sur la situation des parties pendant le délai des pourvois en cassation ; il n'y a pas été dérogé par le Code civil, même en matière de radiation d'inscriptions hypothécaires, et l'article 252, premier alinéa, en énumérant les pièces dont la production est nécessaire pour qu'il soit procédé à la transcription de l'arrêt prononçant le divorce, exige seulement un certificat de non-pourvoi, mais ne parle pas d'une attestation de l'expiration des délais. La partie condamnée a d'ailleurs un si grand intérêt à former un pourvoi que l'exécution sera vite suspendue en vertu de l'article 248 dernier alinéa (2) ».

La Cour de cassation en a jugé ainsi par arrêt du 25 juillet 1893.

(1) Sirey, 1892.1.19.

(2) Colmet de Santerre, I, 3^e édition, 357 *bis*, II, p. 519.

Un sieur Vatel s'était pourvu en cassation contre un arrêt de la Cour d'Alger du 13 juin 1892.

Il invoquait comme troisième moyen : violation de l'article 248 du Code civil, en ce qu'il a été procédé à l'exécution d'un jugement ordonnant une enquête en matière de divorce avant l'expiration des délais du pourvoi en cassation.

La Cour suprême a statué en ces termes :

« Sur le troisième moyen : — Attendu que, si l'article 248 du Code civil dispose qu'en matière de divorce, le pourvoi est suspensif, cette exception à la règle générale doit être renfermée dans les termes où elle est formulée, et ne saurait, dès lors, être étendue au délai accordé aux parties pour se pourvoir ; que l'article 252, invoqué également par le demandeur, ne concerne que les arrêts qui ont prononcé le divorce, lesquels ne peuvent être exécutés que lorsqu'ils ne sont plus susceptibles d'aucun recours, et qu'il ne s'applique pas aux jugements avant faire droit, qui, en l'absence d'un pourvoi formé, restent soumis au droit commun pour leur exécution ; — Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué qu'il n'existait pas de pourvoi contre la décision qui a ordonné l'enquête, lorsqu'il a été procédé à cette mesure d'instruction ; — D'où il suit que la Cour a pu déclarer cette enquête valable sans violer les articles de loi précités ; — Rejette, etc. (1) ».

M. Garsonnet cependant est d'un avis contraire : « L'article 263 du Code civil dispose que le pourvoi sera suspensif « en matière de divorce », pour que les époux ne puissent pas contracter une nouvelle union avant que

(1) Cass., req., 25 juillet 1893, Sirey, 1894.1.89.

leur premier mariage ne soit irrévocablement dissous ; cet article doit être étendu, par identité de motifs, à l'arrêt qui prononce la nullité d'un mariage, et entendu en ce sens que le délai du pourvoi est lui-même suspensif, l'article 241 du Code de procédure fournirait en ce sens s'il était nécessaire un argument sans répliques puisqu'il déclare suspensifs, en matière de faux, le pourvoi et le délai même dans lequel il peut être formé (1) ».

Nous ajouterons que, l'arrêt de divorce n'étant pas susceptible d'acquiescement, il nous paraît indispensable de donner au délai du pourvoi un effet suspensif.

C'est en ce sens que le Parquet de la Seine a donné ses instructions aux maires du ressort dans la circulaire du 25 juillet 1887.

Arrêts contradictoires. — Si la décision prononçant le divorce émane d'une Cour d'appel et si elle a été rendue contradictoirement, elle peut être attaquée par le pourvoi devant la Cour de cassation.

Or, en matière de divorce, le pourvoi est suspensif (art. 248).

Le délai pour se pourvoir en cassation est de *deux mois* ; il court du jour de la signification de l'arrêt d'appel à la partie.

Le délai de deux mois pour transcrire commence donc à courir le lendemain de l'échéance du délai de deux mois accordé pour se pourvoir en cassation.

Bien entendu un pourvoi en cassation, formé après l'expiration des délais légaux, ne saurait suspendre l'exécution de l'arrêt contre lequel il est dirigé ; par suite le pourvoi en cassation formé après l'expiration des dé-

(1) Garsonnet, *Traité de procédure*, t. V, § 1136, p. 663.

lais légaux contre l'arrêt qui avait admis le divorce ne saurait empêcher les juges saisis d'une demande en mainlevée de l'opposition à la transcription du divorce formée entre les mains de l'officier de l'état civil par l'un des époux de prononcer cette mainlevée en ordonnant l'exécution provisoire (1).

Quant à la requête civile, elle ne produit aucun effet suspensif, aussi a-t-on contesté son admission en matière de divorce :

« L'ancien article 263 *in fine* disait déjà qu'en matière de divorce le pourvoi est suspensif. S'il ne l'était pas, dit M. Demangeat, le divorce ayant été prononcé, les époux pourraient contracter une nouvelle union ; puis intervenant une cassation, le premier mariage se trouverait subsister : alors le même homme aurait deux femmes ou la même femme deux maris à la fois. Pour la même raison, la requête civile n'est pas admise en matière de divorce, ce moyen extraordinaire de recours ne suspendant jamais l'exécution (C. de proc., art. 497) ; aussi la loi n'en parle-t-elle pas (2) ».

Il peut en effet résulter de graves conséquences à la suite de l'admission d'une requête civile, mais le législateur de 1886 n'en a pas moins maintenu cette voie de recours contre les arrêts de divorce ; il suffit de se reporter aux travaux préparatoires pour le constater.

L'article 249 contenait, dans sa première rédaction, un second alinéa ainsi conçu : « Le jugement ne peut être attaqué par la requête civile ». La suppression en a été proposée en seconde délibération et a été votée après discussion. Cette voie extraordinaire de recours existe donc en matière de jugement de divorce.

(1) Douai, 18 juillet et 9 août 1892. Sirey, 1893, 2.41.

(2) Demangeat sur Moulon, I (13^e édit., 1896), p. 466, n. 2.

Ce qui le prouve d'une manière certaine, c'est que M. Oudet avait proposé un paragraphe additionnel ainsi conçu : « Dans les cas prévus par l'article 488 du Code de procédure, le délai fixé pour l'exercice de la requête civile sera de six mois seulement à compter du jour de la signification prévue par l'article 483 du même Code » et M. Allou lui répondit : « Je ne comprends pas un délai imparti, sans qu'on prenne, comme on le fait toujours en droit, pour point de départ, la révélation du vice même qui va servir de point de départ à l'action. L'honorable M. Oudet se plaint qu'il y ait un délai indéterminé. Mais il n'est pas indéterminé du tout ; le point de départ, c'est la révélation du vice qui entache la décision judiciaire intervenue. C'est le principe constant dans notre législation, dans notre droit, dans la jurisprudence tout entière. Comment voulez-vous qu'on attaque dans les six mois qui suivent les divorces prononcés, le jugement ou l'arrêt de divorce quand on ne connaît pas les pièces fausses produites, le dol, les pièces retenues ? Le délai fixé n'est pas un délai indéterminé, vague, flottant, insaisissable ; le délai fixé par le bon sens, c'est la connaissance et la révélation de la pièce fausse ou du dol ; à partir de ce moment, un délai courra, mais il est imparti et indiqué par la loi elle-même, il ne serait pas possible qu'on imposât l'obligation et la nécessité de se pourvoir par requête civile, contre l'arrêt de divorce dans le délai de six mois à raison de révélations qui seront postérieures à ce délai lui-même ». Le paragraphe additionnel proposé par M. Oudet n'a pas été pris en considération (1).

(1) Sirey, *Lois annotées*, 1886, p. 56, n. 31.

Mais ne résulte-t-il pas d'une manière péremptoire de cette discussion que la requête civile est admise en matière de jugement de divorce ?

La requête civile peut d'ailleurs présenter ici une grande utilité ; on peut avoir jugé sur pièces fausses, par exemple sur un procès-verbal faux constatant l'adultère d'un des époux, ou sur une expédition fausse d'un arrêt qui n'aurait jamais été prononcé et qui aurait condamné un des conjoints à une peine afflictive et infamante. La requête civile ne se présente-t-elle pas alors comme le moyen simple de revenir sur une injustice, dit M. Colmet de Santerre ?

Sans doute, il peut résulter de graves inconvénients de ce que cette voie de recours n'est pas suspensive ; l'arrêt de divorce a dû être transcrit, les époux divorcés ont pu contracter de nouveaux mariages, « la légitimité des deux mariages et des enfants qui en sont issus dépend du maintien de l'arrêt prononçant le divorce, et quand cet arrêt est rétracté, il a déjà produit des conséquences irréparables ; c'est en songeant à ces conséquences qu'on avait pensé à interdire la requête civile, mais c'est en connaissance de cause que le législateur a repoussé cette interdiction » (1), et de cette décision résulte que la requête civile est admise en cas de divorce. La dissolution d'un mariage par le divorce est soumise à une redoutable éventualité qui pourrait, en fait et contre le vœu de la loi, porter atteinte au droit de se remarier, que les époux ont conquis par le divorce, peut-on dire. C'est possible « *Dura lex sed lex* ».

Ainsi le jugement ou arrêt sera considéré comme défi-

(1) Colmet de Santerre, I (3^e édit., 1895), n°-358 bis, III, p. 520.

nitif et pourra être transcrit, alors seulement que la décision n'est plus susceptible d'aucune voie de recours, soit que toutes les voies de recours aient été intentées successivement sans succès, soit que tous les délais d'opposition, d'appel et de cassation soient expirés.

Pour que la transcription ne fût pas faite avant l'expiration de tous ces délais, le Parquet de la Seine, dans sa circulaire du 25 juillet 1887, donnait aux maires du ressort les instructions suivantes :

« Vous devez, Monsieur le maire, vous assurer que les prescriptions ci-dessus ont été observées, et par conséquent exiger rigoureusement la production des certificats énoncés en l'article 548 du Code de procédure civile, qui, aux termes de l'article 252 du Code civil, doivent être joints à la signification de la décision ayant prononcé le divorce, c'est-à-dire : un certificat de l'avoué de la partie poursuivante, contenant la date de la signification du jugement à l'époux défendeur ; l'attestation du greffier qu'il n'existe ni opposition ni appel et, en outre, s'il y a eu arrêt, un certificat du greffier de la Cour de cassation constatant qu'il n'y a pas eu de pourvoi. J'ajoute que, lorsqu'il s'agit d'un jugement ou d'un arrêt par défaut, le certificat de l'avoué contenant la date de la signification doit indiquer en outre, à mon avis, que cette signification a été faite à personne ou à domicile, et, dans certains cas, doit préciser la date du dernier acte de publicité prescrit par l'article 247. Si, en effet, cette circonstance ne vous est point connue, vous êtes exposé à transcrire un jugement de divorce sans que les délais impartis à l'époux défendeur défaillant pour faire opposition et appel soient expirés ».

Reste une dernière question à résoudre : quelle est la

sanction de l'inobservation de ces prescriptions ? Quelle est la valeur d'une transcription faite avant l'expiration des différents délais ?

La Cour d'Aix a eu à examiner quelle est la valeur juridique de la transcription d'un arrêt prononçant le divorce et d'un second mariage, en l'état d'une transcription intervenue durant l'instance en cassation à laquelle avait donné lieu cet arrêt ? Elle a décidé, par arrêt du 23 janvier 1895, que cette transcription était nulle.

Voici l'affaire :

M. Rebagliati et Mme Haskell ont contracté mariage devant l'officier de l'état civil de Nice le 3 janvier 1883 ; par un jugement du 9 décembre 1891, le Tribunal de Nice a prononcé le divorce contre Mme Rebagliati. Ce jugement a été confirmé par arrêt de la Cour d'Aix du 13 juillet 1892 lequel a été signifié à la dite dame le 20 août suivant ; le 25 octobre 1892 M. Rebagliati obtenait du greffier de la Cour d'Aix un certificat attestant qu'il n'était pas à sa connaissance qu'il eût été formé un pourvoi en cassation. Sur la foi de ce certificat, il faisait procéder, le 3 novembre 1892, à la transcription du jugement et de l'arrêt précités, et, le 24 du même mois, il contractait un second mariage avec Mlle Sophie Spinetta devant l'officier de l'état civil de Nice, Mme Haskell avait dans l'intervalle, à la date du 21 octobre 1892, formé un pourvoi en cassation contre l'arrêt du 13 juillet 1892. Ce pourvoi a été rejeté le 27 mars 1893. S'appuyant sur l'effet suspensif du pourvoi.

Mme Haskell a assigné, le 7 mars 1893, M. Rebagliati devant le tribunal de Nice pour entendre prononcer la nullité de son second mariage. Sur cette assignation, le tribunal de Nice a rendu le jugement suivant :

« LE TRIBUNAL ; — Attendu qu'un jugement du siège, en date du 9 décembre 1891, confirmé par un arrêt de la Cour d'appel d'Aix du 13 juillet 1892, a prononcé le divorce entre Rebagliati et la dame Haskell, aux torts de cette dernière ; que sur la foi d'un certificat délivré par le greffier de la Cour, le 25 octobre suivant, constatant qu'il n'avait pas été formé de pourvoi en cassation, la transcription du dispositif du jugement et de l'arrêt précités a été opérée le 3 novembre de la même année sur les registres de l'état civil de Nice, où le mariage avait été célébré, et que, le 24 du même mois, Rebagliati a épousé en secondes noces la demoiselle Spinetta ; — Attendu que, contrairement à ce qui avait été indûment attesté par le greffier de la Cour d'appel, la dame Haskell s'était pourvue en cassation dès le 21 octobre ; qu'il n'avait point encore été statué sur ce pourvoi quand Rebagliati a contracté sa seconde union ; que, le pourvoi étant suspensif, il en résulte que cette union a eu lieu avant que la décision prononçant le divorce fût devenue définitive ; que le premier mariage n'étant point encore dissous, Rebagliati n'a pu valablement contracter sa seconde union ; — Attendu, d'autre part, que l'effet suspensif attaché, en matière de divorce, au pourvoi en cassation, rend nul tout acte d'exécution de l'arrêt contre lequel un pourvoi est dirigé ; que la transcription sur les registres de l'état civil du jugement et de l'arrêt confirmatif du 13 juillet 1892, constituait essentiellement un acte d'exécution ; acte d'autant plus grave qu'il était destiné à fixer irrévocablement l'état civil des parties ; que cette transcription, d'après l'article 252 du Code civil, ne pouvait être valablement opérée que du jour où l'arrêt serait devenu définitif ; que

le pourvoi formé par la dame Haskell n'a été rejeté que le 23 mars 1893 ; que la transcription faite le 3 novembre précédent, au cours de l'instance en cassation, se trouve donc infectée d'un vice radical et demeure inopérante ; que postérieurement à l'arrêt de rejet, aucune nouvelle transcription n'a eu lieu ; que les délais impartis par l'article 252 étant aujourd'hui expirés, le divorce, aux termes du paragraphe de cet article, doit être considéré comme nul et non avenu ; que, s'il en est ainsi, la dame Haskell a qualité tout à la fois pour demander la nullité du second mariage et de la transcription qui a été opérée le 3 novembre 1892 ; — Par ces motifs ; — Déclare nul le mariage contracté le 24 novembre 1892 devant l'officier de l'état civil de Nice par François Rebagliati avec la dame Spinetta ; — Dit néanmoins que le mariage annulé produira les effets civils tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants qui en pourraient naître ; — Déclare également nulle la transcription du jugement du 9 décembre 1891 et de l'arrêt du 13 juillet 1892 opérée le 3 novembre de cette dernière année sur les registres de l'état civil de ladite ville ; etc... ».

Sur appel par M. Rebagliati, la Cour d'Aix a rendu l'arrêt suivant :

« LA COUR ; — Sur la nullité de la transcription ; — Adoptant les motifs des premiers juges ;

Sur la déchéance relative à la transcription et la nullité du divorce : — Attendu que la déchéance édictée par l'article 252 a pour but de faire cesser l'incertitude sur l'état respectif des époux, et de ne pas leur laisser la faculté de reprendre la vie commune ou de la faire cesser à leur gré en retardant la transcription ou en ne la faisant opérer que suivant leur bon plaisir ; qu'elle repose

sur la présomption d'une réconciliation ou d'une renonciation au bénéfice du jugement qui a prononcé le divorce ; qu'il n'y a pas lieu de la prononcer, lorsque des faits précis, certains et indiscutables démontrent d'une façon péremptoire, non seulement qu'il n'y a pas eu réconciliation ou renonciation, mais encore que l'époux qui a obtenu le divorce a eu la ferme volonté d'exécuter le jugement qui l'a prononcé, qu'il n'y a eu de sa part aucune négligence volontaire, que la transcription a été par lui requise, et que l'irrégularité de cette transcription n'est due qu'à une erreur ; qu'en principe, le défaut de réquisition entraîne seul la nullité du divorce, sauf à examiner si les parties ne peuvent pas être relevées de la déchéance qu'elles ont encourue par suite de cette irrégularité ; — Attendu que Rebagliati a manifesté d'une façon plus que certaine sa volonté d'exécuter la décision qui avait prononcé le divorce aux torts de sa femme en retenant contre elle des actes odieux et d'une extrême gravité ; que, non seulement il en a acquis la transcription, mais qu'il a même contracté un second mariage ; que, sans aucun doute ainsi que cela résulte d'une disposition du jugement entrepris, dont les motifs viennent d'être adoptés, cette transcription était nulle, mais que cette nullité provient d'une erreur, imputable du reste à l'avoué de Rebagliati, beaucoup plus qu'à lui-même, et dont l'examen du certificat délivré par le greffier de la Cour ne pouvait pas lui révéler l'existence, quelque prudents et réservés que fussent les termes dans lesquels il a été rédigé ; que cette erreur certaine et commise de bonne foi par Rebagliati dans l'ignorance où il était du pourvoi formé contre l'arrêt du 13 juillet 1892, jointe à la manifestation formelle de

sa volonté d'exécuter le jugement de divorce, est de nature à permettre à la Cour de ne pas retenir la déchéance relevée contre lui, ou, tout au moins, d'expliquer et de justifier son inaction après l'arrêt de rejet ; — Attendu, à un autre point de vue, qu'au moment où l'instance actuelle a été introduite par la dame Haskell, le procès en divorce n'avait pas encore reçu sa solution complète, et que l'arrêt de la Cour d'Aix n'est devenu définitif que le 27 mars 1893, date de l'arrêt de rejet ; que de ce jour seulement partait le délai de deux mois imparti pour la transcription, et sans qu'il fût nécessaire de recourir à une signification que la loi n'a pas encore prescrite ; mais que Rebagliati s'est trouvé dans l'impossibilité de le mettre à profit ; que, d'un côté, il ne pouvait valablement requérir la transcription que tout autant qu'il aurait été statué sur sa prétention relative à la validité de celle qu'il avait fait opérer et que, de l'autre, il se serait heurté à un refus de l'officier de l'état civil, qui n'aurait pas pu, en l'état de cette transcription et de la célébration du deuxième mariage, en opérer une seconde, sans que la nullité de la première eût été régulièrement prononcée ; qu'à l'erreur commise de bonne foi, et qui, au regard de Rebagliati, ne pouvait être constatée qu'au cours des débats actuels, vient donc s'ajouter une impossibilité constituant un cas de force majeure qui a suspendu, à son profit, le cours du délai imparti par l'article 252, lequel ne doit courir que du jour où cette impossibilité vient à cesser ; — Attendu qu'en l'état, il n'y a pas lieu de statuer quant à présent, sur la nullité du second mariage qui est réservée ; — Par ces motifs ; — Confirme le jugement dont est appel, au chef qui statue sur la nullité de la transcrip-

tion opérée sur les registres de l'état civil de Nice, le 3 novembre 1892 ; — Le réforme sur la disposition entraînant comme conséquence la nullité du divorce prononcé par le jugement du 9 décembre 1891, confirmé par arrêt du 13 juillet 1892 ; — Dit que Rebagliati n'a pas perdu le bénéfice du divorce prononcé à son profit, et qu'il aura le droit de requérir la transcription de ces décisions dans un délai de deux mois à partir du jour où le présent arrêt sera devenu définitif : Surseoit à statuer sur le surplus des conclusions des parties, etc. (1) ».

Le tribunal de Nice avait aussi prononcé la nullité de la transcription, sur ce point sa décision est confirmée ; mais il en avait aussi tiré la conséquence logique c'est-à-dire qu'il avait annulé le divorce que la transcription eût rendu définitif et par suite le second mariage qui n'était possible que si le divorce était maintenu. Sur ce point, la Cour d'Aix a réformé le jugement, elle a maintenu le divorce et le second mariage, et elle a accordé au mari « le droit de requérir la transcription de ces décisions dans un délai de deux mois à partir du jour où le présent arrêt sera devenu définitif ».

La Cour d'Aix s'est inspirée des circonstances particulières de la cause et s'est laissée guider par des considérations toutes d'équité, mais ainsi que le fait observer M. Valabrègue (2) : « Nous estimons que quelque digne d'intérêt que fût la situation de l'appelant, il n'y avait, dans les circonstances de la cause, aucun motif juridique qui pût le faire relever de la déchéance qu'il avait encourue ».

(1) Cour d'Aix, 25 janvier 1895, Sirey, 1895.2.218.

(2) Note sous l'arrêt, Sirey, 1895.2.217, note.

Quelqu'équitable que soit sa solution, la Cour d'Aix nous paraît avoir manifestement violé l'article 252.

§ 4. — Délais de transcription.

Aux termes de l'article 252, §§ 2, 3, 4 : « Cette transcription est faite par les soins de l'officier de l'état civil, le cinquième jour de la réquisition, non compris les jours fériés, sous les peines édictées par l'article 50 du Code civil. A défaut, par la partie qui a obtenu le divorce, de faire la signification dans le premier mois, l'autre partie a le droit, concurremment avec elle, de faire cette signification dans le mois suivant. A défaut par les parties d'avoir requis la transcription dans le délai de deux mois, le divorce est considéré comme nul et non avenu ».

Deux propositions découlent de cet article.

I. Les parties doivent, à peine de déchéance, requérir la transcription dans le délai de deux mois à partir du jour où la sentence est devenue définitive.

II. L'officier d'état civil doit faire la transcription le *cinquième* jour de la réquisition sous les peines édictées par l'article 50 du Code civil.

Nous allons examiner successivement ces deux propositions.

I

Les parties doivent requérir la transcription dans les deux mois à compter du jour où la sentence est devenue définitive.

Si la transcription n'est pas requise dans ce délai, soit que le décès de l'un des époux empêche toute transcrip-

tion dans l'avenir (art. 244, § 3), soit que les époux aient négligé de la requérir (art. 252, § 4), le divorce est nul et non avenu.

Ces deux textes paraissent bien avoir une portée absolue ; par suite on peut soutenir que l'application de la déchéance édictée par l'article 252 s'impose, sans qu'il y ait à se préoccuper des motifs pour lesquels la réquisition n'a pas eu lieu.

Mais la jurisprudence n'admet pas que ces règles s'appliquent d'une manière absolue. Cette déchéance, fondée sur une présomption de renonciation (1), ne saurait être encourue, dit-on, dans les cas où il est établi que le défaut de transcription doit être attribué à des circonstances de force majeure.

Cette restriction paraît admise en jurisprudence, car elle a successivement été consacrée par le tribunal de la Seine, par la Cour de Paris, par la Cour d'Aix.

C'est ainsi que le tribunal de la Seine, par jugement du 8 mars 1887, a autorisé, quoique les délais fussent ex-

(1) Voir Carpentier, II, n° 157, p. 180. La réquisition de transcription a été adressée à un officier de l'état civil incompétent. L'époux divorcé, en pareil cas, a obéi aux prescriptions de la loi ; il a requis la transcription du jugement ou arrêt de divorce, et a ainsi manifesté sa volonté de donner son plein et entier effet au divorce prononcé. Il serait rigoureux d'admettre que l'erreur par lui commise, et dont la conséquence a été que l'officier de l'état civil compétent a été tardivement saisi de la réquisition de transcription, ait pour résultat d'anéantir l'instance en divorce. La déchéance édictée par l'article 252, à défaut de réquisition de transcription, est fondée sur une présomption de réconciliation ; or, la réquisition adressée à l'officier de l'état civil incompétent, si elle est inefficace pour assurer l'exécution de la loi, démontre tout au moins qu'il n'y a pas eu réconciliation. D'après M. Poulle, au contraire, le divorce doit être déclaré nul et non avenu, alors même que la transcription aurait été, dans le délai légal, requise sur les registres d'une commune autre que celle où l'acte de mariage avait été reçu.

pirés, la transcription d'un jugement qui n'avait pu être faite par suite d'erreur tardivement reconnue.

« LE TRIBUNAL ; — Donne défaut contre le maire du 17^e arrondissement ; et attendu que la dame C... justifie qu'elle a fait, dans les délais impartis par l'article 252 du Code civil, les diligences nécessaires pour faire opérer la transcription du jugement du 5 juillet 1886, qui a prononcé le divorce à sa requête ;

Mais attendu que cette transcription ayant été requise et opérée par une erreur sur le registre de l'état civil du 18^e arrondissement de Paris, alors que le mariage avait été célébré au 17^e arrondissement, elle n'a pas satisfait au vœu de la loi ;

Attendu que, par suite de cette erreur, qui n'a été que tardivement reconnue, la réquisition adressée au maire du 17^e arrondissement n'a pu avoir lieu que plus de deux mois après que le jugement était devenu définitif ; qu'en présence du texte de l'article précité, qui déclare nul et non avenu le divorce non transcrit dans le délai de deux mois, le susdit officier de l'état civil s'est refusé à opérer la nouvelle transcription demandée ;

Attendu que la déchéance édictée par l'article 252, nouveau, comme celle précédemment contenue dans l'article 266, ancien, a pour but de faire cesser l'incertitude sur l'état respectif des époux ; qu'elle repose sur la présomption d'une réconciliation entre les époux ou d'une renonciation au bénéfice du jugement de la part de celui qui néglige volontairement de le faire transcrire ; qu'il n'y a donc pas lieu à l'application de cette déchéance lorsque les faits de la cause démontrent péremptoirement qu'il n'y a eu ni réconciliation, ni négligence ;

Attendu que la dame C... ayant, dans les délais légaux, manifesté en termes non douteux, quoique sous une forme irrégulière, son intention de se prévaloir du jugement du divorce, l'erreur qu'elle a commise n'a pu lui faire perdre le bénéfice de ce divorce ; qu'elle est fondée, malgré l'expiration du délai, à requérir la transcription sur les registres du 17^e arrondissement ;

Par ces motifs ;

Dit et ordonne que, sur le vu du présent jugement, l'officier de l'état civil du 17^e arrondissement sera tenu de transcrire, sur les registres de l'état civil, le jugement du 5 juillet 1886, prononçant le divorce entre les époux C..., et de faire, en marge de l'acte de mariage reçu en la même mairie, la mention de la transcription, etc. (1) ».

De même le tribunal de la Seine a encore admis l'exception pour le cas où la réquisition de transcription n'avait pu être faite en temps utile, par suite d'une énonciation erronée contenue dans les motifs du jugement.

« LE TRIBUNAL ; — Donne défaut contre le maire du 10^e arrondissement ;

Et pour le profit ;

Attendu que la demanderesse justifie que les diligences prescrites par les articles 251 et 252 du Code civil, pour arriver à la transcription du jugement de divorce, ont été faites dans les délais impartis par la loi ;

Mais, attendu que, par suite d'une énonciation erronée contenue dans les motifs du jugement, la réquisition de transcription n'a pas été faite tout d'abord à la mairie où avait eu lieu le mariage ; qu'il en est résulté

(1) Tribunal de la Seine (1^{re} ch.), 8 mars 1887, Sirey, 1888.2.198.

que cette réquisition n'a été présentée que tardivement à la mairie du 10^e arrondissement où la transcription devait avoir lieu ;

Attendu que cette erreur ne saurait entraîner la déchéance prononcée par l'article 252 du Code civil ; qu'il n'y a pas de doute sur l'intention de la dame C... de rendre le jugement définitif, et qu'il ne résulte pas de ce retard une réelle incertitude sur la situation des parties ;

Par ces motifs, etc. (1) ».

La Cour de Paris a décidé encore qu'il fallait faire droit à une demande de transcription tardive quand le retard apporté à la réquisition résultait de ce que, pendant toute la durée du délai utile pour opérer la transcription, la grosse du jugement a été retenue par une tierce personne qui a refusé de s'en dessaisir.

Voici l'espèce :

Une dame Joublot d'origine française, mariée à Londres à un nommé Moupion, avait obtenu le divorce par jugement par défaut rendu en Angleterre. L'exequatur ayant été refusé, Mme Joublot intenta une action en France et obtint un nouveau jugement par défaut prononçant le divorce à son profit.

La réquisition de transcription dudit jugement lui ayant été faite, *après l'expiration des délais légaux*, le maire du 19^e arrondissement refusa d'y procéder. Pour l'y contraindre, Mme Joublot assigna cet officier de l'état civil devant le tribunal de la Seine qui rejeta sa demande, considérant comme l'indice d'un désir de réconciliation le fait d'avoir laissé passer les délais.

Sur appel de Mme Joublot, et bien que M. l'avocat gé-

(1) Tribunal de la Seine (1^{re} ch.), 7 mai 1888, S. 1888.2.199.

néral Manuel ait conclu à la confirmation du jugement, la Cour de Paris a rendu l'arrêt suivant :

« LA COUR(1) ; — Considérant que, par jugement, rendu par défaut, en date du 3 mai 1886, par la 4^e chambre du tribunal civil de la Seine, la dame Moupion a obtenu le divorce d'avec son mari ; que ce jugement n'ayant pu être signifié à personne, a dû être publié, conformément aux prescriptions de l'article 247 de la loi du 18 avril 1886 ; que, le dernier acte de publicité datant du 18 juin 1886, le délai pour former opposition expirait le 18 février 1887, le délai pour interjeter appel, le 18 avril de la même année, et celui pour requérir la transcription du jugement de divorce sur les registres de l'état civil, le 18 juin suivant ; — Considérant que si, à défaut de cette transcription dans le délai précité, le divorce doit être, en principe, considéré comme nul et non avenu, aux termes du paragraphe 4 de l'article 252 de la loi du 18 avril 1886, cette déchéance, fondée sur une présomption de renonciation au bénéfice de la décision obtenue et la nécessité d'assurer la fixité de l'état civil, ne saurait être encourue s'il est établi que le défaut de transcription doit être attribué à des circonstances de force majeure ; — En fait ; — Considérant qu'il résulte des documents de la cause, et spécialement d'une lettre de M. Taillefer, avocat-conseil de l'ambassade française à Londres, en date du 28 juin 1887, adressée à M^e Cortot, avoué de la dame Moupion, ainsi que de l'attestation en due forme par lui délivrée à la date du 29 mars 1888, lesquelles seront enregistrées en même temps que la minute du présent arrêt, que, pendant toute la durée du

(1) Cour de Paris, 30 mai 1888, Sirey, 1888.2.197.

délai utile pour faire opérer la transcription du jugement de divorce, la mère de l'appelant a retenu arbitrairement la grosse dudit jugement, et s'est refusée à en opérer la restitution, malgré les réclamations pressantes dont elle était l'objet, jusqu'à la date du 28 juin 1887, époque à laquelle ladite grosse a été adressée de Londres à M^e Cortot, chargé de l'accomplissement de cette formalité légale ; que, dans ces conditions, il serait contraire à l'esprit de la loi de rendre la dame Moupion responsable d'un retard qui ne peut lui être imputé, alors surtout qu'il est impossible d'admettre, et en raison de ses diligences personnelles, et surtout de sa situation vis-à-vis de son mari, remarié en Belgique depuis 1884, qu'elle ait voulu, comme le présume l'article 252, précité, renoncer au bénéfice de son jugement de divorce ; qu'il est plus rationnel de reconnaître que ladite dame appelante, sans ressources personnelles, s'est trouvée, par suite des circonstances ci-dessus rappelées, en présence d'un obstacle insurmontable, ayant le caractère d'un cas de véritable force majeure, qui a suspendu à son profit le cours du délai à elle imparti pour opérer la transcription, et que ledit délai n'a commencé à courir contre elle qu'à partir du jugement, en date du 8 octobre 1887, qui a ordonné la transcription en France de son acte de mariage, transcription qui, de toute nécessité, devait précéder celle du jugement de divorce ; qu'ayant requis M. le maire du 19^e arrondissement d'opérer la transcription de son jugement de divorce dans les derniers jours de décembre 1887, elle était encore dans le délai légal pour faire réquisition ; que, le défaut de transcription provenant à cette date du refus par ce magistrat de l'effectuer, elle ne saurait être atteinte de

la déchéance édictée par l'article 252 de la loi du 18 avril 1886 ; — Par ces motifs, etc. »

Enfin la Cour d'Aix a encore admis une transcription tardive à la suite d'une erreur sur l'existence d'un pourvoi formé contre le jugement. La Cour a estimé qu'il y avait un cas de force majeure dans ce fait que la transcription avait été effectuée de bonne foi par l'un des époux, sur la production d'un certificat de non-pourvoi délivré par le greffier de la Cour d'appel, et que cet époux s'est trouvé dans l'impossibilité de transcrire à nouveau le divorce dans les deux mois à partir de l'arrêt de rejet de la Cour de cassation, à raison de l'existence de la première transcription, sur la validité de laquelle il n'avait pas été statué (1).

Nous avons déjà dit que la décision de la Cour d'Aix était illégale sur ce point ; nous ajouterons que la jurisprudence, qui permet de requérir une transcription même après les délais, quand elle a été retardée par un cas de force majeure, est des plus dangereuse. Dans la plupart des cas que l'on peut citer, il n'y a pas à proprement parler de cas de force majeure ; « c'est une force majeure imaginaire, mise en avant dans le seul but d'éviter l'application de la loi ».

Nous ne pouvons d'ailleurs que répéter les paroles de M. l'avocat général Manuel : « Si le législateur eût voulu laisser aux magistrats le soin d'apprécier les raisons pour lesquelles la transcription n'a pas eu lieu, il n'eût pas dit : le divorce *sera* tenu pour nul et non avenu, mais il aurait dit : *pourra être*, ou, par tout autre mot, il aurait réservé l'appréciation du tribunal. Où s'arrêtera-

(1) Aix, 23 janvier 1895, Sirey, 1895.2.217.

t-on si on entre dans l'examen des motifs qui auront pu empêcher les époux de requérir la transcription ? Tous viendront dire : la présomption sur laquelle la loi est fondée ne nous est pas applicable, nous ne renonçons nullement à nous prévaloir du divorce obtenu, mais nous sommes victimes d'un oubli de notre avoué ou de notre huissier (1) ».

II

L'officier d'état civil doit faire la transcription le *cinquième* jour de la réquisition, non compris les jours fériés.

La loi a fixé exactement le jour auquel l'officier d'état civil devait faire la transcription, c'est le *cinquième* jour de la réquisition. Nous avons déjà vu que le projet de loi donnait à l'officier d'état civil un délai de huitaine ; c'est après discussion que la loi a désigné le *cinquième* jour afin de ne pas laisser à l'arbitraire ou aux caprices de l'officier d'état civil la faculté de déterminer le moment de la dissolution du mariage.

L'officier d'état civil, qui n'a pas fait la transcription ce cinquième jour de la réquisition, est passible des peines édictées par l'article 50 du Code civil, c'est-à-dire qu'il pourra être poursuivi devant les tribunaux de première instance et puni d'une amende qui ne pourra excéder cent francs.

« Le Code (article 251 nouveau) n'a pas voulu que les parties souffrissent de la négligence ou de la mauvaise volonté de l'officier de l'état civil ; il a en quelque sorte restitué *in integrum* les parties contre l'inertie de

(1) Conclusions de M. l'avocat général Manuel devant la Cour de Paris, 30 mai 1888 (*Gazette du Palais, Répertoire*, v° divorce, n° 262).

l'officier ; il ne prononce pas la nullité du divorce. Tandis que, si les parties sont en faute, il déclare, après l'expiration des délais, le divorce nul et non avenu, dans le cas qui nous occupe, il se contente de frapper d'une peine l'officier de l'état civil, sans statuer sur le sort du jugement dont il reconnaît par là la force persistante. C'est pour cela même qu'il a assigné une date fixe à la transcription, le cinquième jour après le dépôt des pièces, de sorte qu'à partir de ce jour, il considère la transcription comme accomplie. *Dies scripsit pro homine* ; d'où il résulte que, quand l'article parle d'un jugement dûment transcrit, il faut ajouter : *ou réputé transcrit* (1) ».

Les parties n'encourront donc aucune déchéance si, après qu'ils ont requis la transcription, l'officier d'état civil ne l'accomplit pas.

Il en est ainsi notamment quand l'officier d'état civil requis refuse d'accomplir la transcription par suite de non conformité des noms et prénoms des parties ou de l'une d'elles avec ceux qui sont inscrits sur les actes de l'état civil ; dans ce cas, la partie la plus diligente a le droit de se pourvoir en justice pour vaincre la résistance de l'officier de l'état civil et obtenir une décision qui l'oblige à effectuer la transcription.

C'est en ce sens qu'a jugé la Cour d'Angers confirmant, par arrêt du 23 juin 1893, un jugement du tribunal de Mamers.

Le 10 mars 1891, le tribunal civil de Mamers avait rendu le jugement suivant : — « LE TRIBUNAL ; — Attendu qu'un jugement de ce siège, en date du 27 décem-

(1) Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. I (3^e édit., 1895), n^o 378 bis, X, p. 540.

bre 1887, a prononcé le divorce entre le sieur Leproux, menuisier, demeurant à Launay, et la dame Marie Alexandre, son épouse; — Attendu qu'à la date du 28 juin 1889, le sieur Leproux a requis de l'officier de l'état civil de la ville de Bordeaux la transcription du jugement susvisé sur les registres de l'état civil, et sa mention en marge de l'acte de mariage des dits époux Leproux; que l'officier de l'état civil de Bordeaux se refusa d'obéir à ces réquisitions, prétendant que, dans ledit jugement de divorce, le nom du mari divorcé s'orthographiait Leproust (Auguste), tandis que, dans l'acte de naissance de la commune de Launay et dans le certificat de célébration du mariage, le nom du postulant s'orthographiait Leproux (Jules-Auguste); — Attendu que l'assistance judiciaire a été accordée par décision: 1^o du 21 septembre 1889 au sieur Leproux (Jules-Auguste), et 2^o du 19 juillet 1890 à la dame Marie-Adeline Alexandre; — Attendu que la dame Marie-Adeline Alexandre, dans ses conclusions signifiées en date du 2 décembre 1890, conclut à ce que le divorce prononcé au profit du sieur Leproux contre elle-même, le 27 décembre 1887, soit déclaré nul et non avenu, pour défaut de transcription sur les registres des actes de l'état civil de la mairie de Bordeaux dans le délai prescrit par la loi, et, comme conséquence de cette nullité, dire que toute action nouvelle de la part de Leproux est éteinte; — Attendu que Leproux, dans ses conclusions signifiées le 26 décembre 1890, prétend: 1^o au principal, n'avoir pas encouru la déchéance prononcée par l'article 252 du Code civil et conclut à ce que le tribunal ordonne que le

(1) C. d'Angers, 23 juin 1893, Sirey, 1893.2.465.

jugement du 27 décembre 1887 s'applique bien au sieur Leproust (Jules-Auguste), et non au sieur Leproust (Auguste), et que ledit jugement soit transcrit et mentionné, conformément à la loi, sur les registres de l'état civil de Bordeaux ; et 2° dans le cas où le tribunal déciderait que la déchéance de l'article 252 du Code civil lui est applicable, demande de prononcer *de plano* le divorce entre le sieur Jules-Auguste Leproust et Marie-Adeline Alexandre, sa femme, et subsidiairement, sur le deuxième point, l'autoriser à faire la preuve testimoniale des faits par lui articulés ; — Attendu que la déchéance de l'article 252, pour défaut de transcription d'un jugement de divorce, s'applique seulement au cas où aucun acte de diligence n'a été fait dans les délais légaux et où l'une et l'autre des deux parties sont restées complètement dans l'inaction, sans essayer d'arriver à l'accomplissement de cette formalité ; que, dans l'espèce actuelle, le sieur Leproust ayant requis dans les délais légaux, de l'officier de l'état civil de Bordeaux, la transcription du jugement a satisfait aux prescriptions de l'article 252, susvisé ; qu'en effet, il résulte du texte même de cet article, alinéa 4, que la déchéance ne peut être appliquée à l'une des parties qui aurait requis cette transcription ; — Attendu, en outre, que le fait matériel de la non-transcription est dû, non à une négligence de la part de Leproust de ne l'avoir pas requis, ou même à son inaction, mais au refus de l'officier de l'état civil, qui arguait de la non-ressemblance orthographique des noms du mari dans le jugement, dans l'acte de naissance de l'époux, et dans le certificat du mariage ; — Attendu que c'est par erreur que, dans le jugement du 27 décembre 1887, le nom patronymique de Leproust a

été orthographié Leproust, et que par omission on lui a donné le prénom seul de Auguste, alors que ses prénoms sont Jules-Auguste; — Attendu que le nom de Leproust (Jules-Auguste) est le véritable nom de l'intéressé, ainsi qu'il résulte de son acte de naissance et de son certificat de mariage; — Par ces motifs; — Tout en maintenant son effet au jugement du 27 décembre 1887, dit que ledit jugement s'applique bien au sieur Leproust (Jules-Auguste); déclare que le sieur Leproust n'a pas encouru la déchéance prévue par l'article 252 du Code civil; — Ordonne que le jugement actuel sera, avec celui du 27 décembre 1887, transcrit et mentionné sur les registres de la commune de Bordeaux, à la requête du sieur Leproust (Jules-Auguste); — Déclare la dame Marie Alexandre non recevable et mal fondée en sa demande, etc. ».

Sur appel par Mme Leproust; — « La Cour; — Adoptant les motifs des premiers juges, a confirmé, etc. ».

La règle à nos yeux certaine, dit M. Massigli, est que la signification faite en temps utile à l'officier public à fin de transcription prévient la nullité du jugement de divorce quoique cette signification n'ait pas été suivie de transcription au jour fixé par la loi. Les tribunaux ont accepté cette solution; elle est rationnelle, et elle se dégage de l'article 252, car ce n'est pas au défaut de transcription, lequel peut être dû au fait de l'officier de l'état civil, c'est à l'inaction des parties, au défaut de réquisition dans les deux mois que le texte attache comme sanction la déchéance du bénéfice du jugement. Ce point de départ admis, il va sans difficulté que la négligence de l'officier public peut être réparée et qu'il peut être pourvu à l'accomplissement de la formalité omise; mais

il semble bien qu'il y ait lieu de se conformer à cet égard à l'avis du Conseil d'État du 12 brumaire an XI d'après lequel les actes de l'état civil qui n'ont pas été inscrits sur les registres dans les délais fixés par la loi ne doivent y être portés qu'en vertu d'un jugement (1).

Dans le cas en effet où la transcription n'a pas eu lieu à sa date par suite de la négligence de l'officier d'état civil, on peut se demander si le délai imparti à l'officier de l'état civil par l'article 252, § 2, pour opérer la transcription est un délai de rigueur, de telle sorte qu'après ce délai, la transcription ne puisse plus être opérée qu'en vertu d'un jugement, conformément aux prescriptions de l'avis du Conseil d'État du 12 brumaire an XI, ou bien au contraire si l'officier de l'état civil peut, après l'expiration du délai imparti, opérer la transcription, sauf au ministère public à requérir contre lui les pénalités de l'article 50.

Le tribunal de Vervins, saisi d'une difficulté de ce genre, statua dans ce dernier sens, mais la Cour d'Amiens infirma le jugement décidant que le tribunal seul avait compétence pour ordonner les rectifications nécessaires.

Sans doute on peut objecter que l'avis du Conseil d'État n'est pas fait pour une formalité nouvelle comme la transcription, et qu'il pourra résulter des frais et des lenteurs si l'on entame une procédure de rectification.

Mais la disposition de l'avis du Conseil d'État du 12 brumaire an XI est trop générale pour qu'il puisse y être apporté aucune dérogation. La question posée au Conseil d'État était de savoir si « l'officier de l'état

(1) Massigli, *op. cit.*, *Revue critique*, 1894, t. XXIII, p. 133.

civil peut rédiger et inscrire les actes de l'état civil non inscrits sur les registres dans les délais prescrits par la loi, ou s'il est nécessaire que cette inscription soit autorisée par un jugement » et, à cette question, le Conseil d'Etat répond que « les principes qui ont motivé l'avis du Conseil d'Etat du 13 nivôse an X sur la rectification des actes de l'état civil (interdisant aux officiers de l'état civil de rectifier les actes sans y être autorisés par jugement) sont, à plus forte raison, applicables au cas de l'omission de ces actes sur les registres ». On doit conclure de là que l'application des règles posées par l'avis du 12 brumaire an XI s'impose toutes les fois qu'un acte n'a pas été inscrit sur les registres de l'état civil dans le délai imparti par la loi, qu'il s'agisse d'un acte à rédiger par l'officier d'état civil, ou d'une simple transcription telle que celle qui est prescrite par l'article 252 (1).

La Cour d'Amiens a d'ailleurs eu à statuer sur l'espèce suivante :

Le maire de la commune de Vénérolles requis le 25 mai 1889 dans les délais légaux de transcrire un jugement de divorce rendu par défaut le 13 avril 1888 entre les époux Massé-Taminot s'était borné à mentionner la décision en marge de l'acte de mariage sans le transcrire.

La Chambre du Conseil étant saisie d'une requête du Procureur de la République tendant à ordonner la transcription, le Tribunal de Vervins le 27 février 1890 a décidé qu'il n'y avait pas lieu à décision judiciaire en se basant sur l'intérêt public intéressé à la transcription, prétendant qu'il n'existe au titre du divorce aucune dis-

(1) Sirey, 1892.2.153, notes 2, 3.

position s'opposant à une transcription tardive, alléguant que l'avis du Conseil d'Etat du 12 brumaire an XI qui s'oppose à ce que l'officier de l'état civil reçoive sans aucune formalité de déclaration tardive et lui donne l'authenticité ne pouvait statuer en prévision de la situation toute exceptionnelle créée récemment par les nouveaux articles 244 et 252 du Code civil. Le jugement concluait : « Si, comme dans l'espèce, aucune objection n'est faite à la transcription il n'apparaît pas à quel titre le Tribunal pourrait être appelé à statuer pour autoriser une mesure déjà ordonnée par un jugement passé en force de chose jugée ; que toute nouvelle décision judiciaire, outre qu'elle entraînerait un retard nouveau, constituerait une superfétation ; Par ces motifs..... ; »

Sur appel du Procureur de la République, la Cour d'Amiens a rendu l'arrêt suivant :

« LA COUR ; — Considérant que le maire de Vénérolles ayant été régulièrement mis en demeure, le 25 mai 1889, de transcrire et de mentionner le jugement de divorce rendu par défaut, le 13 avril 1888, par le tribunal de Vervins, entre les époux Massé-Taminot, lequel jugement est devenu définitif, s'est borné à mentionner le divorce en marge de l'acte de mariage, sans transcrire le dispositif du jugement qui le prononce sur les registres de l'année courante ; — Considérant qu'il s'agit là d'un acte de l'état civil et qu'il n'appartient pas à l'officier de l'état civil de réparer des erreurs ou omissions qu'il aurait pu commettre dans les actes qu'il est chargé de rédiger ou de transcrire ; — Considérant que le délai de cinq jours, accordé à l'officier de l'état civil, après signification à lui faite par l'une des parties, pour la mention du divorce et la transcription du dispositif du

jugement, est un délai de rigueur, comme tous les délais impartis pour la rédaction des autres actes de l'état civil ; que ce délai de cinq jours est depuis longtemps dépassé et que, dans ces conditions, le tribunal seul avait compétence pour ordonner toutes rectifications, compléments ou additions aux actes sus-énoncés ; — Par ces motifs ; — Infirme, etc. (1) ».

Donc, si la transcription n'a pas été faite par l'officier de l'état civil le *cinquième* jour de la réquisition, un jugement est nécessaire pour que la transcription soit valablement faite.

Reste une hypothèse à examiner : c'est le cas où l'un des époux meurt avant que la transcription ne soit faite mais après qu'elle a été requise. Sur ce point, nous nous contenterons de reproduire l'examen critique de M. Massigli.

Après avoir énoncé la règle que la réquisition régulière de la transcription par les parties prévient la nullité du jugement de divorce, quoique la transcription n'ait pas suivi dans le temps marqué par l'article 252 du Code civil, M. Massigli examine les cas où, soit le décès d'un des époux, soit une réconciliation viendrait à se produire après la réquisition. Ce que nous dirons du décès, dit M. Massigli, convient *mutatis mutandis* à la réconciliation.

Aux termes de l'article 244, § 3 : « l'action en divorce s'éteint par le décès de l'un des époux survenu avant que le jugement soit devenu irrévocable par la transcription sur les registres de l'état civil ». De même le jugement serait considéré comme non avenu, malgré la

(1) Cour d'Amiens, 29 avril 1890. Sirey, 1892.2.153.

réquisition faite à l'officier de l'état civil, si le décès survenait avant la transcription. Cette solution se justifie très simplement dans la doctrine qui admet la transcription comme point de départ des effets du divorce : « le divorce n'avait pas encore rompu le lien des deux époux ; la mort l'a devancé ne laissant plus comme support au jugement qu'un intérêt d'argent ; cet intérêt est secondaire ; le législateur n'en tient pas compte (1) ».

M. Baudry-Lacantinerie incline cependant vers une opinion contraire : « De deux choses l'une, dit-il : ou bien il faut considérer ce texte comme faisant allusion au fait matériel de la transcription, et alors la mort de l'un des deux époux survenue avant la transcription rendra le divorce nul et non avenue dans tous les cas sans distinction ; ou bien la loi fait allusion à la réquisition de transcription, et alors la mort, survenue après cette réquisition et avant qu'il y ait été donné suite, sera dans tous les cas sans influence sur le sort du divorce. C'est vers cette dernière solution que nous inclinons (2) ».

Si le décès de l'un des époux se produit après le cinquième jour de la réquisition, mais avant que l'officier d'état civil ait fait opérer la transcription, le divorce devrait-il être considéré comme nul et non avenue. « Si l'officier public s'était conformé à la loi, l'effet du jugement aurait été définitivement acquis et la rupture du lien matrimonial aurait été consommée ; dans ces conditions, il serait bien rigoureux d'appliquer encore l'article 244, de faire supporter aux intéressés les consé-

(1) Massigli, *op. cit.*, *Revue critique*, 1894, t. XXIII, p. 134.

(2) Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, 1^{er} volume, 5^e édition, n° 719 *ter in fine*, p. 432.

quences d'une irrégularité qu'ils ne peuvent empêcher, car ils n'ont aucun moyen de coercition contre l'officier public, et de ne leur laisser d'autre ressource qu'une action en dommages-intérêts « dont le résultat, quelle que fût la condamnation prononcée, ne saurait vraisemblablement équivaloir aux avantages que l'époux demandeur devait retirer du divorce ». Les héritiers ou l'autre époux pourraient donc faire utilement les diligences nécessaires pour obtenir la transcription (1) ».

Reste une question à examiner.

Nous avons vu qu'en cas de négligence de la part de l'officier les tribunaux statuaient sur les difficultés qui peuvent en résulter. Mais alors la transcription, n'étant pas accomplie à sa date, ne peut produire ses effets à cette date ; à quel moment produira-t-elle ses effets ?

La question de savoir à quel moment se produisent les effets du divorce lorsque l'officier d'état civil a négligé de faire droit à une réquisition régulière se résout différemment selon la manière dont on apprécie le rôle de la transcription.

Si l'on admet que les effets du divorce ont normalement leur point de départ à la date de la transcription, on peut dire que « les parties ne doivent pas subir les conséquences d'une faute dont elles sont innocentes ; il ne doit pas dépendre de l'officier public, de sa négligence ou de son mauvais vouloir que leur état civil demeure incertain. La conclusion serait la suivante. Cet état devrait être déterminé après l'expiration du délai de cinq jours ; la rupture du lien matrimonial devrait dater de ce moment ; le décès ou la réconciliation qui survien-

(1) Massigli, *op. cit.*, *Critique*, p. 134,

draît postérieurement serait sans influence sur le divorce, parce que l'événement trouverait le mariage déjà dissous; la transcription qui serait ultérieurement ordonnée pour réparer l'omission constatée sur les registres n'aurait plus l'effet considérable que nous attachons à la transcription régulière; ce n'est pas elle qui marquerait la date où l'état des parties serait modifié.

Dans le système qui fait remonter les effets du divorce à la date du jugement, on peut mettre en opposition l'idée que les parties ont le droit de compter sur l'existence du divorce lorsqu'elles ont rempli toutes les formalités qui leur sont imposées personnellement, et les termes absolus de l'article 244, pour défendre cette thèse que l'efficacité du jugement est assurée à compter de sa date dès l'expiration du délai de cinq jours, ou pour soutenir au contraire que le jugement est exposé à tomber tant que la transcription n'a pas été effectuée, et, par suite, que le décès d'une des parties ou une réconciliation mettrait obstacle à toute poursuite tendant à obtenir l'accomplissement de la formalité. Mais la clandestinité de la réquisition de la transcription, l'intérêt des tiers, l'ignorance où ils seraient de la survivance du jugement non transcrit, on ne peut pas s'en prévaloir, puisqu'on admet toujours, si tardivement qu'ait lieu la transcription, la rétroactivité des effets du divorce au jour du jugement (1).

La loi a formellement dit que les parties sauvegardaient leurs droits par une réquisition de transcription faite dans un certain délai; elle a ensuite ordonné à

(1) Massigli, *op. cit.*, *Revue critique*, 1894, t. XXIII, p. 136.

l'officier de l'état civil de remplir la formalité le cinquième jour qui suit la transcription. Si l'officier d'état civil manque à ses devoirs, les parties ne doivent pas voir leurs droits modifiés par une faute dont ils ne pourraient commuer les effets. Une fois la réquisition faite, c'est le cinquième jour que la transcription doit être faite, c'est le cinquième jour qu'elle doit être réputée accomplie ; dans le cas où l'officier d'état civil a manqué à ses devoirs les effets du divorce se produiront à la date où la formalité aurait dû régulièrement s'accomplir, sauf aux intéressés à introduire une demande en rectification pour faire opérer la transcription qui aurait dû être portée sur les registres en exécution de la réquisition. L'intérêt des tiers ne suffirait pas à faire admettre une solution contraire. M. Massigli nous paraît l'avoir parfaitement démontré. Voici la conclusion de son examen critique :

« Ce serait une doctrine simple et harmonique si l'on pouvait dire : les effets du divorce ne dateront jamais que de la transcription. Mais voici l'objection qui se présente à notre esprit et qui nous fait pencher vers l'autre opinion. La loi n'a pas voulu que deux époux entre lesquels la justice a déclaré l'existence d'une cause de divorce aient la liberté de faire opérer à leur gré et à leur heure la transcription dont elle a fait la condition de la validité du divorce ; elle n'a pas voulu qu'ils puissent « demeurer indéfiniment dans une situation qui aurait eu le caractère d'un mariage avec faculté de répudiation réciproque et arbitraire ». La déchéance prononcée par l'article 252 à défaut de réquisition de la transcription dans les deux mois n'a pas d'autre cause : l'exposé des motifs l'a déclaré explicitement ; ce sont ses

termes mêmes que nous venons de reproduire. Cela posé, est-il admissible qu'une fois la réquisition faite et la stabilité du jugement assurée par elle, la même situation se présente ? Assurément non ; et cependant c'est le résultat auquel on aboutit si l'on décide qu'en cas de négligence de l'officier public les effets du divorce ne datent que du jour où cette négligence est réparée : les parties ont la disposition de leur état, car elles sont libres de saisir la justice quand elles le veulent et il ne serait pas facile de suppléer contre elles des causes de déchéance qui ne sont pas dans la loi (1) ».

§ 5. — En quoi consiste exactement la transcription.

La transcription consiste dans la copie littérale du dispositif du jugement ou de l'arrêt qui prononce le divorce sur les registres de l'état civil du lieu où le mariage a été célébré.

Voici quelles sont, à ce sujet, les instructions données par le parquet de la Seine aux maires du ressort (2) :

« L'article 251 porte en son paragraphe 1^{er} : « Le dispositif du jugement ou de l'arrêt est transcrit sur les registres de l'état civil. . . . ». Le dispositif proprement dit ne contient pas, ordinairement, l'indication suffisamment précise des noms et prénoms des époux divorcés. En le transcrivant purement et simplement, vous courriez le risque d'opérer une transcription peu claire ou indéterminée et ne répondant pas à l'intention du législateur.

(1) Massigli, *op. cit.*, *Revue critique*, 1894, t. XXIII, p. 137.

(2) Circulaire du 25 juillet 1887.

Il me paraît facile d'obvier à cet inconvénient en transcrivant d'abord l'indication du nom des parties telle qu'elle se trouve toujours dans les qualités du jugement. Cette mention transcrite vous copiez à la suite le dispositif.

La transcription que vous opérerez d'un jugement ou arrêt prononçant le divorce aura donc la physionomie suivante.

L'an. . . . le. . . . à. . . . heures du. . . .
nous. . . . maire, officier de l'état civil du. . . .
arrondissement de Paris.

Vu :

1° La signification à nous faite le. . . . de la grosse d'un jugement du tribunal de 1^{re} instance de. . . . en date du. . . . rendu entre le sieur. . . . d'une part et la dame. . . . d'autre part (on énoncera les noms, prénoms, profession, domicile des parties tels qu'ils sont indiqués dans les qualités du jugement) ;

2° La grosse du dit jugement ;

3° Le certificat de l'avoué poursuivant. . . . constatant que le jugement a été signifié le. . . . à. . . . sa personne ou à son domicile.

S'il s'agit d'un jugement par défaut et si ce jugement a été signifié au domicile et non à la personne, on mettra :
« Le certificat de l'avoué poursuivant. . . . constatant que le jugement a été signifié le. . . . à. . . . à son domicile, et que le dernier acte de publicité a été fait le. . . . »

4° L'attestation du greffier du tribunal de 1^{re} instance de. . . . constatant qu'il n'existe contre le jugement ni opposition, ni appel ;

5° S'il y a eu arrêt, le certificat du greffier de la Cour

de cassation constatant qu'il n'existe contre l'arrêt aucun pourvoi.

Les dites pièces par nous paraphées et annexées.

Avons extrait dudit jugement et transcrit littéralement ce qui suit : (on transcrira ici le dispositif).

Le Maire.

Une difficulté s'est élevée dans la pratique sur le point de savoir si la présence de la partie requérante n'était pas nécessaire au moment de la réquisition de la transcription ou si du moins, en l'absence de la partie requérante, l'huissier chargé de requérir la transcription ne devait pas être muni d'une procuration spéciale et authentique, en vertu de l'article 36 du Code civil.

La question présente un intérêt pratique considérable, car, suivant la solution que l'on donne à la question, beaucoup de divorces pourraient être entachés d'irrégularité et peut-être annulés. La Cour de cassation vient heureusement de trancher le débat par un arrêt qui probablement écartera toute difficulté pour l'avenir.

Un sieur Colisson, contre lequel le divorce avait été prononcé par arrêt de la Cour de Besançon du 23 février 1887 rendu définitif par arrêt de rejet de la Cour de cassation du 14 mars 1888 (1), demandait la nullité de la transcription de l'arrêt de divorce, et par suite de toute la procédure en divorce, sous prétexte que sa femme n'avait pas requis la transcription *en personne* et que l'huissier, qui avait requis la transcription, n'était muni d'aucune procuration spéciale et authentique (article 36 du Code civil) de la dame Colisson qui avait montré ainsi, disait le demandeur, son désir de réconciliation.

(1) Sirey, 1896.1.17.

Le tribunal de Besançon a rejeté cette demande par jugement du 31 juillet 1894. En fait, les agissements de la femme ne paraissaient pas du tout conformes à une idée de réconciliation. En droit, le tribunal constatait « que l'article 252 du Code civil, modifié par la loi du 18 avril 1886 exige, d'une part, que la décision qui prononce le divorce soit transcrite sur les registres des actes de l'état civil dans les délais qu'il fixe, et, d'autre part, que la transcription soit faite à la requête de la partie ». Or c'était la partie elle-même qui avait requis la transcription du divorce, et cela suffisait puisque « aux termes de l'article 556 du Code de procédure, la seule remise sans pouvoir spécial aux mains d'un huissier, des pièces nécessaires à la signification dont il est chargé, emporte pouvoir de faire cette signification, sauf pour les cas spécialement prévus par la loi où ce pouvoir spécial lui est nécessaire ; qu'au cas particulier, aucun texte n'exigeait ce pouvoir ; que, dès lors, la défenderesse, en requérant elle-même la transcription de l'arrêt du divorce dans les délais impartis, s'est strictement conformée aux dispositions de l'article 252 du Code civil » ; il n'y avait pas à se demander si le divorce était ou non un acte de l'état civil, si l'article 36 du Code civil était ou non applicable et si une procuration spéciale authentique était nécessaire ; si le pouvoir *ad litem* donné expirait ou non par la signification du jugement ou de l'arrêt à la partie ; il suffisait de constater que c'était la partie elle-même qui avait requis la transcription, car l'article 252 n'exige pas autre chose. L'arrêt de la Cour de Nancy ne pouvait être invoqué, car cette Cour avait statué « dans une espèce où la transcription n'avait pas été requise par la partie, mais par son avoué, et, circonstance caractéris-

tique, alors que les époux s'étaient réconciliés ». Par suite le tribunal de Besançon rejetait la demande de nullité de la transcription.

La Cour de Besançon a confirmé cette décision en se basant à peu près sur les mêmes motifs. La Cour insistait cependant sur ce que l'article 36 du Code civil est sans application à l'espèce. Aux termes de cet article en effet, « Dans le cas où les parties intéressées ne seront point obligées de comparaître en personne, elles pourront se faire représenter par un fondé de procuration spéciale et authentique ». Mais cet article est inséré dans les *Dispositions générales* au titre *Des actes de l'état civil*, il ne vise que les actes spécialement prévus à ce titre et n'a pas pour but de réglementer la forme des autres actes intéressant l'état des personnes, qui sont, à cet égard, soumis aux règles écrites dans les titres spéciaux qui les concernent; en ce qui concerne l'adoption et le divorce, l'exposé des motifs dit en substance: « On a cru plus régulier et plus convenable de renvoyer à chacune de ces matières l'étude des formes dans lesquelles les actes qui les concernent seront rédigés (1) ».

La Cour de Besançon, après avoir constaté ces principes, déclarait que « c'est uniquement dans l'article 252 qu'il faut rechercher les formes prescrites pour la transcription des arrêts de divorce, en s'inspirant de ce principe absolu que les nullités sont de droit étroit, ne peuvent être ni présumées ni étendues par analogie, et doivent résulter d'une disposition formelle de la loi; que l'article 252 ne renvoie pas à l'article 36; qu'il dis-

(1) Locré, *Législation civile*, t. 3, p. 134, n. 2.

pose uniquement que la transcription est faite à la diligence de la partie qui obtient l'arrêt, lequel devra être signifié dans le délai de deux mois à l'officier de l'état civil ; que ce texte, le seul qui vise les formes de la transcription, n'exige ni comparution personnelle de la partie, ni, à son défaut, réquisition par fondé de procuration spéciale, qu'il ne prévoit la participation à la formalité de la transcription que de deux officiers : l'huissier chargé de la signification à la requête de la partie qui a obtenu l'arrêt, et l'officier de l'état civil chargé de la transcription, et qui est mis en demeure de la faire par le seul fait de la signification ; que ce que la loi a voulu, c'est que la transcription soit le résultat de la volonté exprimée régulièrement et juridiquement par la partie qui la poursuit ; que, dès que cette volonté est certaine, et qu'elle a été manifestée dans les formes écrites dans l'article 252, son vœu est satisfait ».

La Cour rappelait ensuite qu'en fait « la dame Gilardoni (Epouse Colisson), s'était conformée à la lettre et à l'esprit de la loi ; que la signification à sa requête de l'arrêt était l'accomplissement des seules formalités qui lui étaient imposées ; qu'elle avait révélé en outre, de toute manière, son intention formelle de poursuivre personnellement l'œuvre commencée par la justice de la dissolution de son mariage, etc. », enfin que l'huissier était nanti des pouvoirs nécessaires pour signifier l'arrêt et requérir la transcription puisque « d'une part, il n'était l'objet d'aucun désaveu, que, d'autre part, son mandat était ratifié par la dame Gilardoni, mais, qu'en outre, il était détenteur de la grosse en forme exécutoire de l'arrêt de divorce ; qu'il ne s'agissait pas, au cas particulier, de signification relative aux procédures ex-

ceptionnelles en vue desquelles seulement l'article 556 du Code de procédure exige un pouvoir spécial ; que la signification était régulière... ; que la remise de la grosse, faite personnellement à l'huissier par la partie, impliquait qu'il avait des pouvoirs suffisants ; que l'objection n'était pas fondée ». Par ces motifs, la Cour de Besançon confirmait le jugement du tribunal (1).

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi : « LA COUR ; — Sur le moyen unique, pris de la violation et fausse application des articles 36 et 252 du Code civil, et 556 du Code de procédure ; — Attendu qu'aux termes de l'article 252 du Code civil, « la transcription du jugement ou de l'arrêt qui a prononcé le divorce est faite à la diligence de la partie qui l'a obtenu ; que le pourvoi soutient que la transcription de l'arrêt définitif du 23 mars 1887, qui a prononcé le divorce entre Colisson et la dame Gilardoni, son épouse, était frappée d'une nullité absolue, parce que l'huissier qui l'a requise n'était pas porteur d'un pouvoir spécial et authentique ; — Mais attendu qu'il est constaté, en fait, par l'arrêt attaqué que ladite transcription a été opérée par l'officier de l'état civil compétent, dans les délais impartis par la loi, à la requête de la femme, dont la volonté de poursuivre son divorce n'était pas douteuse ; que, en décidant que la transcription opérée dans ces conditions, qui sont les seules exigées taxativement par la loi, devait produire ses effets légaux, l'arrêt attaqué s'est conformé à la lettre et à l'esprit de l'article 252 du Code civil, qui régit la matière, et a donné une raison suffisante du maintien de cet acte ; — Rejette, etc. (2) ».

(1) Cour de Besançon, 5 décembre 1894, Sirey, 1896.1.19.

(2) Cass., req., 15 mai 1895, Sirey, 1895.1.20.

La Cour de Douai avait déjà statué dans le même sens le 9 août 1892 : « Sur la nullité de la transcription opérée sur les registres de l'état civil, résultant de ce que l'officier ministériel qui a agi au nom de la partie n'était pas porteur d'un mandat spécial à cet effet ; — Attendu que ce chef de conclusion n'avait pas été formulé en première instance, et constitue une demande nouvelle, qui n'est pas recevable en appel ; — Attendu d'ailleurs que cette prétendue nullité est de pure imagination ; qu'en effet, la réquisition de la transcription a été faite, non par un officier ministériel agissant au nom de la partie, mais par la partie elle-même, ainsi que cela résulte de l'acte de réquisition qui est ainsi libellé : « A la requête de M. Descamps, manufacturier à Lille, pour lequel domicile est élu en l'étude de M^e J..., avoué à Lille. J'ai, etc. » ; que, par conséquent, loin de contrevenir aux dispositions de l'article 252 du Code civil, Descamps s'y est strictement conformé, et que cette demande en nullité est tout à la fois non recevable et mal fondée, etc. (1) ».

M. Tissier, qui a annoté l'arrêt de cassation du 15 mai 1895, approuve cette jurisprudence. Aucun texte en effet, dit-il, n'exige que cette réquisition soit faite par la partie elle-même ou par un mandataire muni d'une procuration spéciale et authentique. Tout ce que la loi veut, c'est que l'huissier signifie le jugement *à la requête* de l'époux qui demande la transcription ; elle n'exige rien de plus (2).

L'article 36, qui exigerait la comparution de l'époux

(1) Douai, 9 août 1892, Sirey, 1893. 2.44 et p. 43, n. 3.

(2) Note dans Sirey, 1896. 1.17, note 1-2.

ou d'un mandataire spécial, ne s'applique pas. « A admettre la thèse du pourvoi, dit M. Tissier, il faudrait appliquer au divorce toutes les dispositions générales du titre des actes de l'état civil ; il est cependant évident que l'article 38, relatif à la lecture de l'acte à la partie ou à son mandataire, et l'article 39, concernant la signature par le comparant et les témoins, sont des dispositions bien incompatibles avec les formes de la transcription du divorce, à laquelle la partie n'assiste pas et qu'elle n'a pas à signer ».

L'article 252 se suffit à lui seul ; les formalités qu'il exige avaient, dans l'espèce, été remplies. C'est là une argumentation que M. Tissier déclare irréfutable. « Il y a quelque chose de décisif, disait, dans son rapport, M. le conseiller Denis, pour le maintien d'un acte, dans l'accomplissement de toutes les formalités auxquelles la loi le soumet taxativement. Voici une personne qui, pour s'assurer le bénéfice d'un jugement de divorce, doit le faire signifier à l'officier de l'état civil, dans un délai déterminé ; elle l'a fait ; à sa signification, elle doit joindre des certificats ; tous y ont été joints. Le texte de la loi est complètement satisfait. Le pourvoi veut que rien n'ait été fait si l'huissier n'était pas de plus porteur d'un pouvoir spécial. C'est une exigence que la loi ne formule pas, sur laquelle, en une matière stricte, elle n'a pas pris soin d'appeler l'attention des parties intéressées. Le texte législatif énonce les pièces à produire ; au nombre de ces pièces ne se trouve pas le pouvoir spécial pour l'huissier.

A notre avis, cette observation suffirait pour faire rejeter le pourvoi (1) ».

(1) Rapport de M. le conseiller Denis. Sirey, 1896.1.17.

Les consultations produites au débat avaient soutenu que la nature de l'acte exige une manifestation directe et personnelle, qui ne peut être suppléée par l'affirmation de l'huissier qu'il agit à la requête de l'époux, ni par une simple présomption de l'intention certaine de celui-ci. Les travaux préparatoires de la loi, disait-on, aussi bien que l'économie générale des dispositions régissant la procédure du divorce, démontrent l'intention du législateur d'exiger l'intervention personnelle de la partie intéressée et la manifestation expresse de sa volonté. « Mais tout cela est inexact, dit M. Tissier ; c'est faire la loi, et il est inadmissible qu'en matière de mariage et de divorce, on cherche, à défaut de texte, dans la nature et l'importance des actes, des formalités et des exigences que le législateur n'a pas établies. La loi de 1886 a substitué à la comparution des deux époux, inutile, souvent pénible et douloureuse, la transcription à la requête de l'un d'eux ; rien ne fait supposer qu'on ait voulu maintenir la nécessité de la comparution pour l'époux requérant, et on cherche vainement quelles auraient pu être les raisons d'une pareille exigence. Lorsque l'huissier agit à la requête de l'époux qui demande la transcription, il y a certitude légale, sauf désaveu, que telle est l'intention de l'époux ».

Nous apprécions moins la dernière observation de M. Tissier sur cet arrêt. D'après cet arrétiste, la transcription est l'exécution du jugement de divorce : « La transcription du jugement a remplacé la prononciation du divorce par l'officier d'état civil en présence des deux époux ; cette prononciation était faite en exécution du jugement ; le jugement renvoyait les parties devant l'officier d'état civil pour qu'il y fût procédé. Aujourd'hui

encore ce n'est pas le jugement qui opère le divorce, c'est la transcription ; celle-ci est encore la mise à exécution du jugement ; le mariage n'est dissous qu'à la suite de la transcription et celle-ci n'est opérée qu'à la suite du jugement signifié à l'officier d'état civil ; elle en est bien l'exécution (1) ». Nous ne croyons pas que la transcription soit l'exécution du jugement de divorce ; avant 1886, la prononciation du divorce par l'officier d'état civil avait bien ce caractère, mais, depuis 1886, la transcription ne peut être considérée ainsi ; M. Tissier confond l'exécution du jugement avec la nécessité de remplir une formalité substantielle, la transcription est une condition de validité du jugement ; elle n'en est pas l'exécution.

Mais nous adoptons complètement la décision de la Cour de cassation ; nous croyons que la transcription est une formalité qui consiste dans la copie littérale du jugement ou arrêt prononçant le divorce ; à cet effet, le jugement ou arrêt est signifié à l'officier d'état civil qui fait opérer la copie le cinquième jour qui suit la réquisition de transcription ; la présence de la partie requérante n'est exigée ni au moment de la réquisition ni au moment de la copie ; c'est un huissier qui doit faire la signification du jugement ou arrêt et la réquisition de transcription à l'officier d'état civil ; pour que cette signification soit régulière, il suffit que l'huissier soit détenteur de la grosse du jugement ou arrêt, il n'est pas nécessaire qu'il soit muni d'une procuration spéciale et authentique ; l'article 252 en effet ne l'exige pas.

(1) Sirey, 1896.1.18, note.

Nous ajouterons que cette décision n'est pas du tout en contradiction avec la décision de la Cour de Nancy que nous avons citée plus haut page 111 et qui annulait une transcription faite par un avoué sans autre mandat que le *mandat ad litem*.

Dans l'arrêt de Nancy, il s'agissait d'une question de fond ; les époux en fait s'étaient réconciliés et on pouvait soutenir que le mandat n'existait plus ; mais même en admettant qu'il n'y eût pas eu révocation tacite du mandat, il est évident qu'un avoué muni d'un simple mandat *ad litem* ne peut valablement requérir la transcription. Après le jugement, l'avoué doit faire signifier à partie, puis l'avoué de la partie poursuivante doit remettre un certificat constatant la date à laquelle il a signifié le jugement ou arrêt. Son rôle est fini là.

A partir de ce moment, la loi donne aux parties le droit de requérir à leur gré la transcription ; la loi laisse un délai aux époux pour remplir cette formalité dans l'espoir que l'apaisement qui suit la fin de la lutte aboutira à une réconciliation. La loi limite seulement le droit des époux quant au délai, mais ce sont les époux seuls qui ont le droit de requérir à leur gré la transcription ; à leur défaut, il n'y a qu'un mandataire ayant reçu un mandat spécial qui peut valablement faire cette réquisition. Voilà pour le fond.

Dans l'affaire qui a suscité l'arrêt de Besançon, la question est toute différente : c'était la partie elle-même qui avait requis la transcription, la condition de fond était remplie. Mais les parties ne peuvent évidemment pas faire elles-mêmes, seules, la réquisition ; elles doivent employer le ministère d'un huissier et alors se pose la question de savoir dans quelle forme cet huis-

sier doit avoir reçu la mission de requérir la transcription. Doit-il avoir reçu une procuration spéciale et authentique conformément à l'article 36 du Code civil, ou suffit-il que la grosse du jugement de divorce lui ait été remise pour emporter pouvoir de requérir la transcription conformément à l'article 556 du Code de procédure civile ? C'est en ce sens qu'il faut se décider, car l'article 252 n'exige aucune procuration authentique. Mais il est évident qu'il n'y a là qu'une question de forme bien différente de la question de fond soulevée devant la Cour de Nancy.

Reste une dernière question qui n'a pas été posée devant la Cour de cassation, mais que M. le conseiller Denis a soulevée dans son rapport. En supposant un divorce transcrit dans les délais, les irrégularités de la réquisition peuvent-elles en entraîner la nullité ?

Il faut répondre négativement à cette question, car, en matière de divorce comme en matière de mariage (1), les nullités doivent être prononcées par la loi et la réquisition de transcription n'est soumise à aucune forme spéciale à peine de nullité.

M. Tissier fait remarquer que, sans doute, aux termes d'une circulaire ministérielle publiée en 1888 au *Bulletin officiel de la Chancellerie*, « les officiers de l'état civil agissent prudemment en exigeant la production d'un pouvoir spécial avant d'opérer la transcription ». Mais ce n'est là qu'une mesure de prudence et la règle de l'article 36 du Code civil qu'on a voulu, bien à tort,

(1) Voyez à ce sujet l'arrêt de la Cour de cassation du 7 août 1883, et la note de M. Labbé dans l'affaire dite des *Mariages de Montrouge*, Sirey, 1884.1.5.

dit M. Tissier, appliquer en matière de divorce, n'est pas elle-même sanctionnée à peine de nullité (1).

M. le conseiller rapporteur Denis a donné en excellents termes l'indication des principes qu'il faut suivre. « Par son écriture authentique, l'officier de l'état civil a opéré la dissolution du mariage d'après le pouvoir qui lui est attribué par la loi sur la réquisition de l'une des parties. Et quand cette réquisition est hors de doute, la volonté qui y a présidé certaine, aucun vice de forme ne peut être allégué. Le divorce a eu lieu... Une autre manière de voir introduirait dans notre société un état de scandales sans fin et d'incertitude sur le point le plus essentiel de l'ordre public, l'état de mariage et de famille. Et j'observe ceci : Pourquoi donc l'intervention d'un officier de l'état civil dans le divorce a-t-elle été jugée nécessaire ? Pourquoi la loi ne s'est-elle pas contentée de la signification du jugement de divorce par un époux à l'autre ? C'est que le divorce doit être, comme le mariage, consacré publiquement par le représentant de l'autorité. Ne part-il pas du plus faux raisonnement celui qui, parce que la transcription du divorce est un acte, dit-il, de la plus haute gravité, se hâte de l'annuler pour le moindre vice de forme (2) ».

M. Tissier estime qu'il faut même aller plus loin : la transcription faite après le délai de deux mois par l'officier d'état civil ne serait pas nulle et il cite la solution très sage à ce sujet donnée par la Cour de Riom dans un arrêt du 7 août 1889 (3). Le motif est toujours le

(1) Tissier, note sous Cass., 15 mai 1895, Sirey, 1896.1.17.

(2) Sirey, 1896.1.18, note.

(3) Sirey, 1886, 1.18. note a, 19 décembre 1888, jugement du tribunal de Clermont ainsi conçu : — « Le Tribunal ; — Attendu que l'article 252 a décidé que le jugement ou l'arrêt qui a prononcé le divorce serait trans-

même : aucun texte ne prononce en pareil cas la sanction de la nullité. La loi déclare le divorce non avenué dans un seul cas : « à défaut par les parties d'avoir requis la transcription dans le délai de deux mois ».

Nous avons déjà dit plus haut que le sort de la transcription ne doit pas dépendre des caprices ou de la négligence d'un officier d'état civil ; les parties sauvegardent leurs droits par la réquisition ; une fois cette réquisition faite, tout retard ou toute irrégularité n'engage que la responsabilité de l'officier d'état civil et la transcription n'en est pas moins valable.

crit sur les registres de l'état civil dans les deux mois du jour où il n'est plus susceptible de recours ; — Attendu que, distinguant entre les obligations qui incombent de ce chef aux parties et aux officiers de l'état civil, il attache la peine de la nullité du divorce au cas où les parties n'ont pas requis cette transcription dans les délais, mais ne soumet le défaut de transcription imputable à l'officier d'état civil qu'aux peines édictées par l'article 50 ; — Attendu que le pourvoi formé par Couly contre l'arrêt de la Cour de Riom du 22 mars 1887 qui a prononcé le divorce au profit de sa femme, a été rejeté par arrêt de la chambre des requêtes du 28 décembre suivant ; que c'est à partir de ce jour qu'a commencé à courir le délai de deux mois imparti par l'article 252 ; que, bien avant son expiration et par exploit de X... huissier, en date du 7 février 1888, notifié à la mairie de Clermont-Ferrand en parlant à P... adjoint, qui a visé l'original, la dame Couly a signifié l'arrêt de divorce avec sommation de faire aux registres de l'état civil les transcriptions et mentions exigées par la loi ; — Attendu que la dame Couly s'est donc conformée, autant qu'il était en son pouvoir, au prescrit dudit article 252 ; qu'elle ne peut souffrir du retard ou de l'omission de la transcription qu'elle n'avait pas moyen de faire opérer, qui incombait au seul officier d'état civil, et dont l'inaccomplissement d'ailleurs n'entraîne contre lui que la peine de l'article 50 ; — Par ces motifs, etc. » Sur appel par M. Couly. — LA COUR ; — Déterminée par les motifs exprimés en la sentence du tribunal civil de Clermont du 19 décembre 1888 et les adoptant ; — Confirme, etc.

CHAPITRE III

EFFETS DU JUGEMENT DE DIVORCE.

SECTION I. — ORIGINE DE L'EFFET RÉTROACTIF. — TRAVAUX PRÉPARATOIRES.

Aux termes de l'article 252, § 5, le « jugement dûment transcrit remonte, quant à ses effets entre époux, au jour de la demande ».

Cet alinéa de l'article 252 ne faisait pas partie du texte projeté; il a été ajouté entre les deux délibérations, probablement pour accentuer les déclarations faites au sujet des effets de la transcription.

Dans la séance du 24 décembre 1885, M. de Gavardie demanda à la Commission les motifs de sa décision. « Je ne m'explique pas très bien, a-t-il dit, l'utilité de cette disposition, et je crois qu'elle présente des inconvénients; elle n'a pas d'utilité, puisqu'il est de principe incontestable et incontesté jusqu'à ce jour que l'effet d'un jugement remonte au jour de la demande; c'est même infirmer l'autorité de ce principe que de le mettre dans la loi, que de vouloir le confirmer par une disposition législative. Je ne comprends donc pas pourquoi cette disposition figure ici ».

M. Labiche, rapporteur, lui répondit: « Mon honorable collègue se trompe, la théorie de la rétroactivité au jour de la demande des effets du jugement est exacte en

ce qui concerne les demandes en séparation de biens, il en est autrement en ce qui concerne les demandes en séparation de corps et en divorce. Pourquoi ? parce que les jugements qui prononcent la séparation de corps ou de divorce ne sont pas, comme ceux qui prononcent la séparation de biens, déclaratifs de droits antérieurs, mais constitutifs d'un état nouveau. Aussi jusqu'à présent, quoi qu'en dise notre honorable collègue, les jugements en séparation de corps ou en divorce n'ont jamais produit d'effet, même entre époux, que du jour du prononcé de l'arrêt ou du jugement. La disposition que nous vous proposons constitue donc une innovation. Comment se justifie cette innovation ? Elle a pour objet d'enlever aux époux la faculté de modifier, en ce qui les concerne, le patrimoine de la communauté, en avançant ou retardant suivant certaines combinaisons le moment où la décision des juges sera définitive et où, par conséquent, elle produit seulement effet aujourd'hui. Je n'ai pas, en effet, à rappeler à mon honorable collègue que si, en matière de séparation de biens, l'effet remonte au jour de la demande, il en est autrement en matière de séparation de corps ou de divorce. Cette différence, quant au moment où se produisent les effets des jugements de séparation de biens et les effets des jugements de séparation de corps, explique pourquoi le demandeur en séparation de corps a souvent intérêt à former une demande parallèle en biens, quoique la séparation de biens soit la conséquence de la séparation de corps (1) ».

(1) Ce motif donné par le Rapporteur au Sénat, dit M. Coste (*Point de départ des différents effets du divorce*), nous fait comprendre quel doit être le domaine d'application de l'article 252 : la rétroactivité du jugement de

M. Bathie fit observer que : « Le jugement de divorce, comme celui de la séparation de corps, crée un état nouveau. Ce n'est pas un jugement déclaratif. On comprend très bien que les effets remontent à l'époque de la demande, si elle a été publiée, mais si la demande n'a

divorce étant une exception, cette exception se trouve nécessairement limitée par son objet ; elle a été créée, ainsi que nous venons de le dire, dans un but tout spécial, il ne faut l'admettre que dans la mesure où elle tend à la réalisation de ce but.

On irait au delà du vœu de la loi si, prenant l'article 252 à la lettre, on faisait, sans aucune distinction, remonter au jour de la demande tous les effets du divorce et en particulier celui qui les résume tous, la dissolution du mariage.

Mais adopter cette solution n'est-ce pas nous mettre en désaccord avec le texte même de l'article 252 dont les termes sont généraux. L'article 252 ne fait aucune distinction ni restriction ; il se borne simplement à affirmer la rétroactivité du jugement transcrit. Pouvons-nous restreindre l'effet de cette rétroactivité ? n'est-ce pas méconnaître la règle juridique, qui était contenue dans le livre préliminaire du Code civil, titre V, article 7, disant que « lorsque la loi est générale, quand sa disposition est illimitée, le devoir de l'interprète est de l'appliquer à tous les cas possibles, parce que telle est la volonté du législateur ».

L'article 252 ne distingue pas ; n'est-ce pas violer le principe que de le faire. Nous avons, il est vrai, les explications de M. Labiche, mais elles sont contraires au texte. Ne faut-il pas les écarter purement et simplement et s'en tenir aux termes de l'article 252 ?

Ces objections n'ont pas la valeur qu'elles paraissent avoir et il est facile de les réfuter.

Il ne faut pas s'exagérer la règle qui dit de ne créer aucune distinction ou restriction quand le texte est général. Remarquons en effet que l'article 7, précité, ajoutait « ... parce que telle est la volonté du législateur ». Il se peut, dit M. Laurent, que la lettre quoique claire n'exprime pas la vraie pensée du législateur. Si cela est prouvé, l'esprit devra être préféré au texte ». Nous nous trouvons ici dans le cas visé par l'éminent jurisconsulte, l'article 252 dans son texte ne donne pas l'idée du législateur. Quoi qu'en aient pu dire les adversaires, M. Labiche, parlant au nom de la commission et comme rapporteur, a été le fidèle interprète de la pensée de ses collègues qui, eux aussi, voulaient restreindre la portée de la rétroactivité insérée à l'article 252.

D'un autre côté la rétroactivité du jugement du divorce, jugement attributif, constitue une dérogation aux principes généraux en pareille matière ; il faut donc se garder d'exagérer cette dérogation et de dépasser la pensée du législateur.

pas été publiée d'une façon légale, comment voulez-vous faire remonter les effets du jugement au jour de la demande » ?

M. Labiche rapporteur : « Notre honorable collègue met les tiers en jeu, il oublie que notre texte ne parle que des effets *à l'égard des époux*. Notre rédaction donne donc satisfaction à ses préoccupations. En ce qui concerne les effets de la séparation de corps et du divorce à l'égard des tiers, il n'est apporté aucune modification au régime actuel (1) ».

Le texte de l'article 252, § 5, en effet met bien en opposition, par les mots : « quant à ses effets entre époux », les effets entre époux et les effets à l'égard des tiers.

La Cour de cassation a nettement affirmé l'interprétation qu'il fallait donner à ce paragraphe 5 par l'arrêt du 18 avril 1893 : « cette disposition n'a été dictée que dans le dessein, déjà prévu à l'article 1445 du même Code, de priver le mari notamment des moyens de modifier arbitrairement le patrimoine de la communauté pendant la durée de l'instance ; elle concerne donc exclusivement les biens, sans apporter aucune modification aux droits et devoirs des époux, tant que subsiste l'union conjugale, et, par conséquent, à la nécessité pour la femme d'obtenir l'autorisation dans les cas où elle est exigée », dit l'arrêt de la Cour.

Nous avons déjà formulé cette distinction qui résulte de l'article 252 ; elle se trouvait déjà admise dans la jurisprudence à l'occasion de la séparation de biens résultant de la séparation de corps. Pour bien comprendre

(1) Sénat, séance du 24 décembre 1885, *Journal off.* du 25. — Sirey, 1886, p. 58, note 35.

la portée de cette distinction, nous allons examiner cette jurisprudence antérieure.

Dans une note insérée au Sirey sous l'arrêt de cassation du 18 avril 1893, M. Labbé a fait l'historique de cette jurisprudence ; nous le suivrons en la développant.

Le système du Code civil de 1804, relativement aux effets de la séparation de biens, dit M. Labbé, était très logique, très raisonnable, très facile à circonscrire et à justifier. Le mariage est une institution double en quelque sorte. Elle établit une union entre personnes par un ensemble de droits et de devoirs réciproques. Cette union est accompagnée d'une dotation, d'un ensemble de biens soumis à un régime déterminé par un choix entre des types légaux. Le gouvernement des biens peut être modifié durant le mariage par une décision de justice, sans qu'il soit porté aucune atteinte aux rapports des personnes. Tel est le caractère des effets de la séparation de biens. Puisque ce procès ne touche qu'aux intérêts pécuniaires des époux, il était naturel qu'il fût régi, réglementé comme les autres procès pécuniaires. Dans cet ordre de matières, même en général, sans qu'une publicité spéciale ait été donnée à la demande, le jugement rétroagit à la date de l'ajournement ; il est juste que les lenteurs du procès ne nuisent pas au demandeur ; le demandeur qui triomphe doit être après coup rétabli dans la situation où il serait s'il avait pu obtenir gain de cause dès le début du litige. C'est le droit commun, dérivé du droit romain : *Eam causam habeat actor quam habiturus esset si cum primum ad exhibendum egisset, exhibita res fuisset* (1). C'est pour-

(1) Instit., liv. IV, tit. 17, § 3. Labbé, note sous Cass., 18 avril 1893, Sirey, 1895.1.6.

quoi l'article 1445 du Code civil, 2^e alinéa, portait : « Le jugement qui prononce la séparation de biens remonte quant à ses effets au jour de la demande ». La communauté, si communauté il y a, sera réputée dissoute et liquidée telle qu'elle était au jour de l'introduction de l'instance. Le législateur, très préoccupé de l'intérêt des tiers avec lesquels les époux peuvent être en relation, a subordonné cette rétroactivité du jugement à une publicité primordiale de la demande (C. proc., art. 866).

Cette rétroactivité du jugement qui prononce la séparation de biens était déjà admise dans l'ancien droit et Pothier l'avait très bien motivée.

La sentence de séparation a-t-elle un effet rétroactif ? demandait Pothier.

« Pour la négative, on dira qu'il y a une différence à cet égard entre les sociétés ordinaires et la communauté entre homme et femme : si dans les sociétés ordinaires, la société est censée dissoute du jour de la demande en dissolution de société ; c'est que, dans les sociétés ordinaires, la demande que je donne contre mon associé, pour la dissolution de la société, est ou par elle-même suffisante pour la dissoudre, ou du moins elle met mon associé en demeure de la dissoudre : or, je ne dois pas souffrir de la demeure injuste en laquelle a été mon associé d'acquiescer à une demande juste que je lui faisais, et qui a été trouvée telle par la sentence qui y fait droit ; et il doit encore moins en profiter.

Au contraire, la communauté qui est entre un mari et une femme, ne pouvant se dissoudre que par la sentence du juge ; n'étant pas au pouvoir du mari d'acquiescer à la demande en séparation qui est donnée contre lui ; il paraîtrait que la communauté dût subsister jusqu'à la

sentence, et qu'on ne pût pas même dire que le mari soit, par la demande, mis en demeure de la dissoudre.

Nonobstant ces raisons, l'usage du Châtelet de Paris, est de donner aux sentences de séparations de biens, un effet rétroactif au jour de la demande en séparation, et de regarder la communauté comme ayant cessé, et ayant été dissoute de ce jour. C'est en conséquence de cet usage que la femme a coutume de faire dès le jour de la demande, sa déclaration au greffe, qu'elle renonce à la communauté ; la raison de cet usage est, qu'étant établi par la sentence de séparation qui a fait droit sur la demande de la femme, qu'elle a eu un juste sujet de demander la dissolution de communauté ; cette dissolution de communauté était une justice qui lui était due dès le jour qu'elle l'a demandée, dont l'effet ne doit pas être retardé par la procédure qu'il faut faire pour parvenir à la sentence de séparation, que les chicanes du mari font souvent durer pendant un très long temps, avant que de parvenir à la sentence (1) ».

C'est dans cet esprit que le législateur de 1804 a inséré, dans l'article 1445, le principe de la rétroactivité du jugement qui prononce la séparation de biens.

L'application de cette rétroactivité inscrite dans l'article 1445 donna lieu dès l'origine à deux controverses :

La première controverse portait sur la question de savoir si l'effet rétroactif accordé par cet article au jugement de séparation de biens, dans le cas ordinaire d'une demande principale, s'appliquait aux tiers aussi bien qu'au mari. Certains auteurs soutinrent la négative qui fut même adoptée par la Cour de Riom et la

(1) Pothier, *Traité de la communauté*, part. III, chap. I, art. II, § III, n° 521.

Cour de Rouen, mais l'affirmative, soutenue par Toullier avec une grande vigueur, fut définitivement admise par la jurisprudence, consacrée par la Cour de Bordeaux et la Cour de cassation.

M. Toullier repoussait toute distinction entre les effets à l'égard des tiers et les effets entre les époux. « Ce principe, que les effets des jugements de séparation de biens remontent au jour de la demande, est fondamental en cette matière ; le Code l'a posé de la manière la plus générale. Cependant un auteur justement renommé M. Pigeau, dans sa *Procédure civile démontrée par les principes*, fait une distinction entre les effets relatifs aux tiers, et il prétend que ce n'est que relativement aux époux entre eux que les effets du jugement remontent au jour de la demande, et que la communauté est dissoute, et non relativement aux tiers qui peuvent opposer à la femme tout ce qu'ils ont fait de bonne foi, non seulement jusqu'au jugement, mais encore jusqu'à l'accomplissement des formalités prescrites pour sa publicité. On ne sait où l'auteur a pris toute cette nouvelle doctrine, à l'appui de laquelle il n'invoque aucune autorité ; mais il est facile de se convaincre, en rapprochant les textes, que la distinction sur laquelle il se fonde est aussi contraire à la lettre qu'à l'esprit du Code. Remarquez que c'est après s'être occupé, dans une première disposition, de l'intérêt des tiers, en prescrivant les formalités nécessaires pour rendre les séparations publiques, que l'article 1445 ajoute immédiatement, et comme une suite, la seconde disposition, par laquelle, comme s'il avait craint que l'on ne pensât que ces formalités retardent l'effet du jugement, le législateur dit : « Le jugement qui prononce la séparation de biens remonte,

quant à ses effets, au jour de la demande ». De ces deux dispositions ainsi rapprochées dans le même article, il est donc impossible, en bonne logique, de ne pas conclure que la seconde, énoncée d'ailleurs d'une manière si générale, s'applique aux tiers, de l'intérêt desquels s'est occupée la première, sans même parler de l'époux. C'en est assez pour faire voir que la distinction imaginée par M. Pigeau, est contraire au texte de l'article 1445 » (1).

La seconde controverse portait sur le point de savoir si la règle contenue dans l'article 1445, § 2, devait être considérée comme la conséquence ordinaire de ce que les jugements sont déclaratifs ou si elle devait être considérée comme une règle exceptionnelle adaptée à un jugement constitutif de droits pour des raisons d'utilité pratique.

La raison que nous donne Pothier de cette disposition nous paraît devoir faire admettre que l'usage dont il nous parle dérogeait au droit commun et par suite que l'article 1445, § 2, constitue une règle d'exception.

Néanmoins, dans notre droit, deux opinions ont été émises :

Première opinion. — L'article 1445 contient une disposition qui est l'application des principes de droit commun relativement aux effets des jugements.

Deuxième opinion. — L'article 1445 contient une disposition qui déroge au droit commun.

L'intérêt pratique de cette discussion réside dans ce que, si nous sommes en présence d'une disposition du droit commun, la rétroactivité de la séparation de biens

(1) Toullier, *Droit civil*, t. XIII, n° 100.

s'applique non seulement au jugement de séparation de biens principale, mais aussi au jugement de séparation de corps d'où résulte la séparation de biens. Par suite, généralisant cette dernière règle, nous pourrions dire que la disposition de l'article 1445 devrait régir la dissolution du régime matrimonial résultant du jugement de divorce à l'égard des tiers comme à l'égard des époux.

C'était l'opinion de M. Garsonnet en 1885. « L'explication que je donne de l'article 1445 du Code civil, disait-il, me conduit à dire, avec la jurisprudence mais contre l'opinion d'excellents auteurs, que la rétroactivité du jugement de séparation de biens, étant la conséquence des principes généraux du droit sur le contrat judiciaire et les effets des jugements, s'applique aussi bien au jugement de séparation de corps qui entraîne accessoirement la séparation de biens (C. civ., art. 311), qu'à celui qui prononce la séparation de biens d'une manière principale (1) ».

Voici comment M. Garsonnet justifiait son opinion :

« Les effets des jugements remontent au jour de la demande, et le demandeur est traité comme s'il eût eu gain de cause le jour même où il l'a formée. Si le jugement est déclaratif de droits préexistants, c'est-à-dire qu'il constate l'existence du droit du demandeur au jour de la demande, il doit remonter jusque-là par ses effets et faire au demandeur une situation aussi favorable que si le défendeur avait cédé à la demande au lieu d'y résister injustement. S'il crée une situation nouvelle, il doit encore rétroagir, afin que les lenteurs nécessaires

(1) Garsonnet, *Traité théorique et pratique de procédure*, 1885, t. 2, p. 263, note 2.

de la justice ne nuisent pas au demandeur ; règle traditionnelle que l'article 1445 du Code civil applique en matière de séparation de biens, quand il dit que le jugement qui la prononce « remonte quant à ses effets au jour de la demande ». Les effets que l'assignation produits dans l'intérêt du demandeur sont donc aussi fondés en droit qu'en équité, et j'ajoute qu'ils n'ont rien de trop rigoureux pour le défendeur qui, averti de la demande par un exploit libellé, a dû s'interroger sur la bonté de sa cause et doit supporter, s'il succombe, les conséquences de son injuste résistance ».

Bien que M. Labbé n'ait pas à se prononcer sur ce point car il expose simplement l'historique de la question, la distinction qu'il établit, très nette entre les jugements concernant les intérêts pécuniaires seulement et les jugements qui ne regardent pas directement les intérêts pécuniaires, peut faire croire qu'il admet aussi la rétroactivité comme de droit commun dans l'article 1445 parce qu'il n'y a là que des intérêts pécuniaires en jeu.

MM. Aubry et Rau constatent spécialement que la rétroactivité a été fort heureusement admise sans restrictions, mais ils paraissent aussi voir dans l'article 1445 l'application du droit commun : « La généralité de l'alinéa 2 de l'article 1445 est d'autant plus décisive que l'ensemble de cet article ne peut laisser aucun doute sur le véritable esprit de la loi. En effet, après avoir prescrit, dans l'intérêt des tiers, les formalités nécessaires pour donner la plus grande publicité aux jugements de séparation de biens, le législateur s'est hâté de poser le principe de la rétroactivité de ces jugements, *comme s'il*

avait craint que l'on n'induisit, de la première disposition, la fausse conséquence que l'effet de pareils jugements est retardé, à l'égard des tiers, jusqu'après l'accomplissement des formalités mentionnées dans cette disposition. D'ailleurs les articles 866 à 869 du Code de procédure, qui soumettent à diverses mesures de publicité la demande de séparation de biens, supposent évidemment le principe dont s'agit, puisque les publications qu'ils prescrivent ne peuvent avoir d'autre objet que de mettre les tiers en position de se prémunir contre les effets de la rétroactivité du jugement qui prononcera la séparation. Enfin, il faut bien le reconnaître, sans cette rétroactivité, il dépendrait souvent du mari de rendre absolument inefficace ou illusoire le remède de la séparation (1) ».

La Cour de cassation, dans plusieurs arrêts, notamment dans ceux du 13 mars 1872, du 12 mai 1869, du 18 juin 1877, a décidé que la rétroactivité du jugement de séparation était l'application pure et simple du principe que les jugements sont déclaratifs et non attributifs des droits qu'ils consacrent.

Dans l'arrêt du 13 mars 1872, la Cour de cassation déclarait : « que, d'après l'article 1445 du Code civil, le jugement qui prononce la séparation de biens entre époux, remonte, quant à ses effets, au jour de la demande; qu'il en résulte que, une fois la séparation de biens prononcée, la communauté est censée avoir été dissoute le même jour que la demande a été formée; que, par conséquent, les intérêts et fruits perçus par le mari dans l'intervalle n'ont pu l'être qu'à titre provisoire, à charge

(1) Aubry et Rau, *Cours de droit civil* (4^e édit.), t. V, § 516, p. 400, note 45.

de restitution conditionnelle, et que, la condition se réalisant, le mari en devient comptable envers sa femme ; — Attendu, d'ailleurs, qu'il n'y a point de motif, au moins en ce qui concerne les époux, pour restreindre l'application de l'article précité au cas où la séparation de biens est prononcée d'une manière principale, puisque *la disposition qu'il renferme n'est que l'application du principe général selon lequel les jugements sont déclaratifs et non attributifs des droits qu'ils consacrent* ; que, par conséquent, en décidant, comme il l'a fait, que la dame de Montmorillon avait droit aux intérêts de ses reprises dotales et aux revenus de ses biens propres à partir du 8 juillet 1865, jour de la demande en séparation de corps et de biens par elle formée contre son mari, l'arrêt attaqué n'a violé aucun des articles de loi invoqués par le pourvoi, et a fait au contraire une juste application de l'article 1445 du Code civil.

Rejette (1) ».

La conséquence logique de cette interprétation était que les effets de la séparation de biens devaient toujours se produire rétroactivement au jour de la demande, soit qu'elle fût principale, soit qu'elle résultât accessoirement d'un jugement de séparation de corps.

Mais, il faut le reconnaître, la majeure partie des auteurs était contraire à cette interprétation de l'article 1445. Laurent, Guillouard, Colmet de Santerre la combattent et tirent de leur critique la conclusion que la séparation de biens accessoire ne saurait bénéficier de la rétroactivité de l'article 1445. Nous citerons seulement M. Colmet de Santerre dont l'exposé, qui est d'ail-

(1) Ch. civ., cass., 13 mars 1872. Sirey, 1872.1.75.

leurs basé sur les motifs invoqués par les autres auteurs, nous paraît résumer très bien la difficulté.

« La disposition finale de l'article 1445 appelle la pensée sur la séparation de corps, dit M. Colmet de Santerre. Elle entraîne la séparation de biens ; mais produit-elle cette séparation à la date du jugement ou à la date de la demande ? On a vu dans l'article 1445 une disposition générale et on a refusé de distinguer entre les deux séparations de biens, mais en ceci on n'a pas tenu compte de la place et des termes de l'article 1445. Il est écrit au milieu de dispositions spéciales à la séparation de biens principale (art. 1443, 1444, 1446, 1447) ; en outre, il parle d'un jugement qui prononce la séparation de biens ; or cette séparation accessoire de la séparation de corps n'est pas prononcée par jugement, elle est la conséquence nécessaire et tacite de la séparation de corps (art. 311). Si le jugement indique cette conséquence de sa décision principale, cette partie de son dispositif est surabondante, et par conséquent on ne peut pas dire que la séparation soit véritablement prononcée par jugement, puisque le jugement pouvait être muet sur ce point. Voilà pour l'argument de texte. Quant au fond de la disposition, elle ne se rattachait pas aux effets généraux des jugements, elle a au contraire un caractère exceptionnel, ce qui nous conduit à ne pas l'appliquer hors du cas expressément prévu. Les motifs de l'article l'expliquent parfaitement, et le montrent presque nécessaire quand il s'agit de la séparation de biens principale, mais il n'existe plus dès qu'on traite de la séparation accessoire. Alors la séparation de biens est tout simplement la conséquence de la cessation de la vie commune, le mari est peut-être bon administrateur, et il n'y

a pas de raison pour mettre fin à la communauté avant que la vie commune ait régulièrement et définitivement cessé. Le Code de procédure prouve bien que telle est la règle légale, car il ordonne de publier le jugement de séparation de corps et n'impose pas la nécessité de publier la demande, montrant ainsi que si le jugement intéresse les tiers parce qu'il dissout la communauté, la demande leur est indifférente, c'est-à-dire ne sert point à déterminer la date de la dissolution de cette communauté (art. 880, C. Pr.) (1).

M. Demolombe et MM. Rodière et Pont invoquent les mêmes arguments.

Dans le 3^e volume de son ouvrage, M. Garsonnet est revenu sur sa première opinion et l'a nettement abandonnée : « Réflexion faite, dit-il, cette manière de voir ne me paraît conforme ni à la nature des choses, ni à l'article 502 du Code civil, aux termes duquel l'interdiction et la nomination d'un conseil judiciaire n'ont d'effet « que du jour du jugement », ni aux droits des tiers à l'encontre desquels cette rétroactivité ne pourrait se produire sans injustice, alors qu'ils ignorent la demande et n'ont aucun moyen de la connaître. Si le jugement qui prononce la séparation de biens remonte, quant à ses effets, au jour de la demande, c'est une mesure particulière de défiance à l'égard du mari, pour soustraire sans retard la communauté à sa mauvaise administration ; et puis la publicité de la demande, telle qu'elle est organisée par les articles 866 et suivant, atténue sensiblement le danger que cette rétroactivité peut présenter pour les tiers. Il n'est pas permis d'étendre cette disposi-

(1) Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code civil*, t. VI, 94 bis, III, p. 240 et 241.

tion exceptionnelle à d'autres cas pour lesquels il n'existe ni un texte analogue, ni une telle précaution (1) ».

M. Garsonnet en conclut que l'article 1445 du Code civil ne s'applique qu'à la séparation de biens principale, et que celle qui résulte accessoirement d'un jugement de séparation de corps, même rendu au profit de la femme, n'a d'effet qu'à partir du prononcé de ce jugement : si le mari, mauvais administrateur autant que mauvais mari, abusait de la situation pour nuire aux intérêts de sa femme et compromettre l'exercice de ses reprises, il resterait à celle-ci le droit de former une demande en séparation de biens principale parallèle à sa demande en séparation de corps et d'invoquer l'article 271 du Code civil également applicable à la séparation de corps et au divorce : « Toute obligation, contractée par le mari à la charge de la communauté, toute aliénation par lui faite des immeubles (2) qui en dépendent, postérieurement à la date de l'ordonnance dont il est fait mention en l'article 238, sera déclarée nulle, s'il est prouvé, d'ailleurs, qu'elle est faite ou contractée en fraude des droits de la femme ». L'article 271 est devenu l'article 243 depuis 1886, mais le principe est resté le même ».

C'est cette doctrine qui nous paraît la plus conforme aux principes en l'absence d'un texte formel ; la rétroactivité, dans le cas d'un jugement constitutif de droits, étant exceptionnelle devrait être interprétée strictement.

Certains auteurs et la jurisprudence cependant ont adopté une doctrine différente basée sur une distinction équitable sans doute, mais que les textes ne semblent pas consacrer du tout. Cette doctrine nous paraît avoir

(1) Garsonnet, *op. cit.*, III, § 460, p. 219.

(2) Et même des meubles. Garsonnet, III, § 460, p. 219.

été, sinon créée, du moins développée et affirmée définitivement par M. Troplong.

M. Troplong (1) expliquait en termes pittoresques les motifs qui le décidaient à admettre la rétroactivité. « De quoi s'étonnent ceux qui ne veulent pas que l'article 1445 soit relatif aux séparations de biens accessoires à des séparations de corps ? Est-ce que ce n'est pas le mari qui, en demandant sa séparation de corps, demande en même temps que sa communauté soit dissoute, et que le contrat de mariage soit rompu ? Que fait-on donc autre chose, sinon lui accorder ce qu'il demande à partir du jour de sa demande ?

« Au point de vue moral, y a-t-il davantage à crier à l'injustice ? Un mari a trouvé sa femme en adultère et il demande sa séparation de corps c'est-à-dire qu'il ne veut avoir rien de commun avec elle, qu'il répudie sa personne, qu'il a horreur de sa société. Ah ! oui, nous dit-on, éloignement pour sa personne, mais non pas éloignement pour son bien. Les écus ne sont pas coupables d'adultère, et, comme le disait un empereur romain, ils ne sentent pas mauvais. Je dis, au contraire, qu'ils sentent mauvais, et que ce serait le pire des hommes que celui qui, repoussant la société des personnes, voudrait tirer parti de la société des biens, et prendre une rançon de son déshonneur sur la fortune d'une femme qui l'a lâchement trahi.

« Je le répète : le mari est demandeur ; il s'est fait sa position ; il a demandé sa séparation de biens. Dès le jour où il l'a demandée, il a dû comprendre qu'il ne lui appartenait plus de se conduire en souverain de cette

(1) Troplong, *Contrat de mariage*, t. I, n° 1386.

communauté, qu'il ne pouvait plus la démembrer par des ventes, qu'il ne pouvait plus profiter des accroissements de valeur arrivés par des successions échues à une femme qu'il répudie. Demander la dissolution de la communauté, c'est s'interdire à soi-même tout cela.

« Supposons maintenant, ajoute M. Troplong, que ce soit la femme qui demande la séparation de corps et accessoirement la séparation de biens : pourquoi la séparation prononcée n'aurait-elle pas un effet rétroactif aussi bien que lorsqu'elle est demandée principalement ? Quand la demande en séparation est principale, elle est fondée sur la dissipation du mari ; quand elle est accessoire à une séparation de corps, elle s'appuie sur sa violence, ses excès, ses sévices, ses injures. Est-ce que ce dernier cas conduit à plus d'indulgence que le premier ? Est-ce que la femme n'a pas le droit d'obtenir ce qu'elle demande à dater de son action » ?

Déjà, dès 1810, la Cour de Bruxelles avait fait application de cette doctrine :

« LA COUR ;

« Attendu que la séparation de corps emportant toujours et nécessairement la séparation de biens, on ne peut la considérer comme ne tirant son existence que de la prononciation du jugement qui admet la séparation de corps ; que la demande en séparation de corps renferme virtuellement celle en séparation de biens ; que le jugement qui prononce la séparation de biens remonte, quant à ses effets, au jour de la demande ;

« Attendu, sur l'appel incident, qu'il est contraire à la nature de la séparation de corps qu'il puisse exister encore entre les époux ainsi séparés, une communauté de biens qui n'a d'objet que la vie commune ; — D'au-

tre part que l'article 6 du contrat de mariage des parties n'est relatif qu'aux fruits des biens et revenus des époux, déjà échus, et existant dans la communauté à l'époque de sa dissolution ;

« Attendu qu'il est au pouvoir du juge de confier à la femme qui a obtenu la séparation de corps le soin et l'éducation des enfants communs, toutes les fois qu'il y aurait des inconvénients à les laisser au pouvoir du mari ; — Que, d'après les faits posés lors de la demande en séparation de corps, tenus pour avérés par le silence de l'intime, et appuyés d'ailleurs des pièces produites audit procès, il est, dans l'espèce, plus convenant que les enfants soient confiés à l'appelante ;

« Met l'appellation et ce dont est appel à néant ;

« Condamne l'intimé à remettre à l'appelante tous les fruits perçus à elle compétents depuis la demande introductive de l'intimé en séparation ;

« Et en ce qui touche l'appel incident ;

« Le met au néant, etc. (1) ».

La Cour de Limoges avait jugé de même en 1835.

Ce n'est qu'en 1855 que la Cour de cassation, dans une affaire où l'intérêt des époux seul était en jeu, adopta cette doctrine : c'est là, croyons-nous, le point de départ de la jurisprudence qui s'est établie dans cette matière.

L'arrêt de la Cour de cassation était ainsi conçu : « Attendu qu'aux termes de l'article 311 du Code Napoléon, la séparation de corps emporte toujours la séparation de biens ; — attendu que l'article 1445 fait remonter au jour de la demande les effets du jugement qui prononce la séparation de biens, sans distinguer aucunement entre

(1) Cour de Bruxelles, 28 mars 1810. Sirey, C. N., 3^e volume, 2.242.

le cas où cette séparation est prononcée seule et celui où elle l'est comme conséquence de la séparation de corps ; — attendu qu'en admettant même que, malgré cette disposition générale et absolue, une distinction pût être proposée dans l'intérêt des tiers, à raison de la publicité exigée pour la demande en séparation de biens par l'article 866 du Code de procédure, et qui n'est pas également prescrite par la demande en séparation de corps, cette distinction ne saurait être admise dans l'espèce actuelle, où il ne s'agit que de l'intérêt des époux dont la position respective est fixée par la demande en séparation et par l'intention qui suppose nécessairement cette demande de faire cesser immédiatement entre eux toute communauté d'intérêts comme toutes relations personnelles ; — Attendu, dès lors, qu'en faisant remonter à la demande en séparation formée par la dame Bégis l'effet de cette séparation, et en refusant par ce motif de considérer comme faisant partie de la communauté la créance Mauve constituée au profit de Bégis postérieurement à cette demande l'arrêt attaqué n'a aucunement violé les dispositions de loi citées en la requête (fausse application de l'article 1445, § 2, du Code civil, et violation des articles 311, 1401, 1437 et 1441, même Code) ; Rejette (1) ».

Cette décision souleva aussitôt une objection : la demande de séparation de corps ne reçoit pas la même publicité que la demande de séparation de biens ; les tiers pouvaient être surpris par l'effet rétroactif d'une sentence dont ils n'avaient pas connu l'origine. « Si l'on s'arrête à la solution principale de l'arrêt, qui consiste à

(1) Cass., req., 20 mars 1855. Sirey, 1855.1.407.

décider que l'article 1445, attendu la généralité de ses termes, s'applique aussi bien au cas de la séparation de biens résultant d'une demande principale, on arrive à ce résultat étrange et pour nous inexplicable, qu'au cas particulier de séparation de corps, le jugement de séparation de biens qui en est la suite, produit un effet rétroactif sans que la demande implicite tendant à cette séparation ait reçu aucune publicité, et que pour ce cas, les prescriptions protectrices du Code de procédure en faveur des tiers restent une lettre morte et absolument comme si elles n'existaient pas... Nous regrettons que les motifs de l'arrêt de la Cour ne nous offrent aucune réponse à cette objection (1)* ».

Il pouvait résulter de cette doctrine en effet de graves dangers pour les tiers ; car du moment que la Cour de cassation appliquait l'article 1445 à la séparation de biens accessoire au jugement, il était logique en effet d'appliquer l'article 1445 dans toute sa rigueur, tel que l'interprétaient en 1855 la doctrine et la jurisprudence.

Cette conclusion logique fut adoptée par la Cour de Paris qui décida que l'effet rétroactif du jugement, dans ce cas, est opposable aux tiers comme au mari ; par suite, que les tiers, à l'égard desquels le mari a contracté des obligations après la demande en séparation de corps formée par la femme, ne pouvaient demander l'exécution de ces obligations au préjudice des droits de la femme, surtout dans le cas où le mari n'avait contracté ces obligations qu'en vue de la séparation dont il était menacé et pour en paralyser les effets, et même en l'absence d'une collusion avec le mari.

(1) Devilleneuve, note sous arrêt cass., 20 mars 1855. Sirey, 1855.1. 404, note.

La Cour de Paris s'exprimait ainsi :

« LA COUR ; — Considérant que si la collusion imputée à Caret n'est pas justifiée, il est constant que sa créance est postérieure à l'instance en séparation de corps formée par la femme Revel contre son mari ; qu'aux termes de l'article 1445 du Code Napoléon le jugement qui prononce la séparation de biens remonte, quant à ses effets, au jour de la demande ; — que la loi ne distingue pas entre le cas où la séparation de biens est la conséquence d'une demande spéciale et le cas où elle a pour cause la séparation de corps ; que s'il est juste de valider les actes d'administration faits de bonne foi par le mari commun en biens, après l'introduction d'une demande en séparation de corps ou de biens seulement, le pouvoir d'administrer subsistant jusqu'à ce que la séparation ait été définitivement prononcée, la même règle ne peut être appliquée aux obligations contractées par le mari en vue même de la séparation et pour en paralyser les effets autant qu'il est en lui ; que telle a été évidemment l'intention de Revel ; que les emprunts par lui faits n'ont eu d'autre objet que de s'enrichir aux dépens de la communauté, dont le partage était imminent ; — Infirme, déboute Caret de sa demande, etc. (1) ».

Cet arrêt de la Cour de Paris a été suivi d'une décision semblable de la même Cour en date du 27 décembre 1860 (2) et d'un arrêt basé sur les mêmes principes, rendu par la Cour de Besançon (3).

Mais cette jurisprudence n'a pas triomphé.

Pour corriger les effets trop rigoureux de l'application

(1) Cour de Paris, 18 juin 1855. Sirey, 1856. 2.170.

(2) Cour de Paris, 27 décembre 1860. Sirey, 1861, 2.263.

(3) Cour de Besançon, 15 février 1854. Sirey, 1854, 2.133.

pure et simple de l'article 1445 à la séparation de biens accessoire au jugement de séparation de corps, la jurisprudence a décidé que l'effet rétroactif s'appliquerait bien dans ce cas, mais qu'il serait limité aux rapports entre époux et qu'il n'aurait aucun effet vis-à-vis des tiers, ni contre eux, ni à leur profit.

La distinction est équitable assurément puisque les tiers pourraient subir de graves préjudices par suite du défaut de publicité, il faut seulement reconnaître, ainsi que nous l'avons dit plus haut, qu'aucun texte de loi ne consacre une pareille distinction.

Ainsi que le fait remarquer M. Labbé, la Cour de cassation, sans l'appui d'aucun texte formel, mais par voie d'interprétation, a cru pouvoir procurer aux femmes, ayant obtenu la séparation de biens uniquement par voie de conséquence d'une séparation de corps seule judiciairement prononcée, une partie des avantages qui découlent de la rétroactivité du jugement de séparation de biens principale, malgré le défaut de publicité originelle et sans compromettre l'intérêt des tiers. Elle a décidé que le jugement de séparation de corps rétroagirait pour les biens, ce qu'on exprime par cette formule « quant à ses effets entre les époux » au jour de la demande ; le défaut de rétroactivité tel qu'il résulte du Code a été maintenu par cette jurisprudence novatrice, à l'égard et au profit des tiers (1).

Cette doctrine a été successivement consacrée par la Cour de cassation en 1869 (2) et en 1877 (3), puis par la

(1) Labbé, note sous Cass., 18 avril 1894. Sirey, 1894.1.5.

(2) Cass., 12 mai 1869. Sirey, 1869.1.302.

(3) Cass., 18 juin 1877. Sirey, 1877.1.406.

Cour de Dijon (1), la Cour de Bordeaux (2), la Cour de Lyon (3) et la Cour de Paris (4).

Voici d'abord la décision de la Cour de cassation du 12 mai 1869 :

« LA COUR,

Sur le deuxième moyen :

Vu les articles 311 et 1445 du Code Napoléon ;

Attendu que si, aux termes de l'article 311 du Code Napoléon, la séparation de corps emporte toujours la séparation de biens, la séparation de biens ainsi prononcée par voie de conséquence ne peut produire un effet rétroactif autre que celui qui est attaché à la demande principale dont elle est l'accessoire et qui lui sert de soutien ;

Attendu que si, les jugements étant déclaratifs et non attributifs des droits qu'ils consacrent, leurs effets remontent, à l'égard des parties en cause, au jour de la demande, et si, par conséquent, *la dissolution de communauté produite par la séparation de corps remonte, quant au mari, au jour où, par une demande en séparation de corps, la femme a manifesté l'intention de mettre fin à l'association conjugale, il en est autrement à l'égard des tiers, qui, n'ayant été avertis par aucune formalité légale de la demande qui a touché le mari, sont restés étrangers à l'instance qui en a été la suite, et auxquels, par conséquent, cette instance ne peut être opposée ;*

D'où il suit qu'à leur égard la séparation de biens n'a

(1) Cour de Dijon, 3 décembre 1869. Sirey, 1870.2.17.

(2) Cour de Bordeaux, 23 novembre 1880. Sirey, 1881.2.76.

(3) Cour de Lyon, 16 juillet 1881. Sirey, 1882.2.237.

(4) Cour de Paris, 12 janvier 1882. Sirey, 1882.2.115.

d'effet que du jour du jugement de séparation de corps ;

Attendu qu'il n'y a aucune induction contraire à tirer de l'article 1445 du Code Napoléon ; que si cet article dispose que le jugement de séparation de biens remonte, pour ses effets, au jour de la demande, cette disposition, qui regarde moins le mari, pour lequel elle était inutile, que les tiers, n'est que le corollaire des dispositions qui prescrivent, dans l'intérêt des tiers, l'accomplissement des formalités destinées à assurer la publicité des demandes en séparation de biens, et qu'il est par suite inapplicable à la séparation de corps, qui n'est assujettie à aucune publicité légale ;

Attendu que l'article 271 du Code Napoléon, aux termes duquel, même en matière de divorce, les obligations contractées par le mari à la charge de la communauté et les aliénations par lui faites des immeubles communs postérieurement à l'ordonnance mentionnée en l'article 238 du même Code, n'étaient nulles, sauf, bien entendu, indemnité au profit de la femme contre le mari, que si elles avaient été faites en fraude des droits de la femme, et qui, par conséquent, refusait à la demande en divorce un effet rétroactif à l'égard des tiers, démontre qu'il en doit être de même à plus forte raison en matière de séparation de corps ;

Attendu, enfin, qu'il importe peu que, dans l'espèce, la femme Chabanne ait, en même temps que sa séparation de corps, demandé sa séparation de biens, cette demande accessoire n'ayant pas été publiée ;

Qu'il suit de là qu'en jugeant, par application des articles 311 et 1445 du Code Napoléon, que l'effet du jugement qui a prononcé la séparation de biens des époux Chabanne accessoirement à leur séparation de corps,

remontait pour ses effets vis-à-vis des tiers au jour de la demande, l'arrêt attaqué a faussement appliqué et par suite violé les articles précités ;

Casse, etc..... (1) ».

Dans l'arrêt du 18 juin 1877, la Cour de cassation s'expliquait de la manière suivante :

« LA COUR ;

Sur le premier moyen du pourvoi relatif au point de départ des intérêts des capitaux dotaux :

Attendu qu'aux termes de l'article 1445 du Code civil, le jugement qui prononce la séparation de biens remonte quant à ses effets au jour de la demande ; qu'il en résulte que la communauté est censée avoir été dissoute le jour même où l'action a été formée ; que si des intérêts ont été perçus entre cette date et celle de la séparation judiciaire, ils n'ont pu l'être qu'à titre provisoire, à charge de restitution conditionnelle, et que, par conséquent, le mari en doit compte à sa femme si la condition vient à se réaliser, c'est-à-dire si la séparation est prononcée ; — Attendu qu'il n'y a pas lieu de distinguer pour l'application de ce principe, *au moins en ce qui concerne les époux*, entre les cas où la séparation de biens est ordonnée d'une manière principale et celui où elle l'est comme conséquence d'une séparation de corps, puisque dans l'un et l'autre cas le cours des intérêts est déterminé par cette règle générale que les jugements sont déclaratifs et non attributifs des droits qu'ils consacrent ; — D'où il suit qu'en condamnant le sieur du Port à tenir compte à sa femme des intérêts des capitaux dotaux à partir du jour de la demande en séparation de

(1) Cass., 13 mai 1869. Sirey, 1869.1.302.

corps formée par elle, l'arrêt attaqué, loin de violer l'article 1445 du Code civil, en a fait, au contraire, une saine application (1) ».

La Cour de Paris a confirmé cette jurisprudence par arrêt du 12 janvier 1882 (2).

Le tribunal de la Seine, par jugement du 24 août 1881, avait repoussé la demande de séparation de biens formée le 1^{er} juin 1881 par une femme qui avait précédemment formé une demande en séparation de corps : « Attendu, disait le tribunal, qu'à la date du 6 avril 1881, la dame Bernard, autorisée à cet effet, a formé une demande en séparation de corps dont le tribunal est actuellement saisi ; que cette demande comprend nécessairement une demande en séparation de biens ; que la dame Bernard a pu aussi prendre toutes les mesures que la loi met à sa disposition pour la conservation de ses droits, faire apposer les scellés, former toute opposition et faire inventaire ; que les effets d'un jugement prononçant la séparation de corps, et, par suite, la séparation de biens qui en est la conséquence, remontent au jour de la demande ; que la demande en séparation de biens survenue au tribunal par action nouvelle et principale a été formée seulement le 1^{er} juin dernier, c'est-à-dire postérieurement à la première demande ; que si la séparation ainsi demandée était prononcée et suivie d'un jugement prononçant la séparation de corps, la communauté devrait être considérée comme dissoute à deux dates différentes, ce qui est inadmissible ; par ces motifs ; déclare la dame Bernard mal fondée en sa demande, l'en déboute ».

(1) Cass., 18 juin 1877. Sirey, 1877.1.406.

(2) Cour de Paris, 12 janvier 1882. Sirey, 1882.2.115.

Sur appel par Mme Bernard, la Cour d'appel de Paris infirma ce jugement : voici son arrêt :

« LA COUR ; — Considérant que le 1^{er} juin 1881, l'appelante a formé contre son mari une demande en séparation de biens ; qu'elle fournit la preuve du désordre des affaires de son mari, qui, après avoir été l'objet de nombreuses poursuites, a été enfin déclaré en état de faillite le 14 novembre dernier ; qu'il est certain que la dot de l'appelante est en péril et que sa demande en séparation de biens est pleinement justifiée ; que cependant les premiers juges ont repoussé cette demande par ce motif qu'avant de la former, l'appelante en avait introduit une autre en séparation de corps dont le tribunal était alors saisi, et que celle-ci comprenait nécessairement une demande en séparation de biens ; — Mais considérant qu'aucune disposition de la loi n'interdit à la femme engagée dans un procès en séparation de corps de former parallèlement une demande en séparation de biens, et qu'elle peut avoir le plus grand intérêt à le faire ; que si, en effet, lorsque sa dot est en péril, elle se borne à attendre sa séparation de corps, il peut arriver que celle-ci ne soit pas prononcée et que la demande en séparation de biens qui serait alors introduite risquerait d'être à peu près inutile ; — Considérant, d'autre part, que les effets de la séparation de biens à l'égard des tiers sont fort différents, suivant qu'elle a été obtenue par action principale, ou qu'elle est simplement la conséquence de la séparation de corps ; que, dans le premier cas, les tiers ayant été avertis par la publicité prescrite par les articles 866 et suivants du Code de procédure, les effets de la séparation de biens remontent, à leur égard comme vis-à-vis du mari, au jour de la demande, *tandis*

que, dans le second cas, la même procédure n'étant pas prescrite, la séparation de biens ne peut être opposée aux tiers qu'à partir de la publication et de l'affiche du jugement ; — Considérant dès lors que la demande de l'appelante est recevable, et que, sa dot étant manifestement en péril, la séparation de biens demandée par elle doit être dès à présent prononcée ; — Infirme ; — Déclare la femme Bernard séparée de biens d'avec son mari ».

Quelques mois auparavant, la Cour de Lyon avait fait aussi application de cette doctrine, mais en paraissant donner plutôt comme motifs de sa décision des circonstances de fait : « Attendu que, si cette rétroactivité de jugement de séparation de corps emportant séparation de biens est l'objet d'une controverse des plus sérieuses, elle ne saurait être admise quand toutes ces circonstances se trouvent réunies, à savoir que la demande en séparation de corps n'a pas été publiée, que la rétroactivité au jour de la demande est invoquée contre des tiers de bonne foi et que, enfin, la femme qui en excipe contre eux a profité des deniers par eux prêtés à son mari ; — Attendu, en fait, que la femme C..... ne justifie pas que sa demande ait été publiée et qu'il résulte des documents versés au procès que c'est avec de l'argent emprunté par son mari à Perrier que la maison même dont elle s'est rendue adjudicataire a été en partie construite ; etc. » (1).

Cette doctrine a été très nettement exposée par MM. Aubry et Rau.

MM. Aubry et Rau admettent que la séparation de biens qui résulte de la séparation de corps remonte, en

(1) Cour de Lyon, 16 juillet 1881. Sirey, 1882.2.238.

ce qui concerne les rapports des époux entre eux, au jour même de la demande, comme cela a lieu lorsque la séparation de biens est prononcée par suite d'une action principale, introduite à cet effet (1).

Ils s'appuient sur un argument d'analogie tiré de l'article 1445, alinéa 2, argument qui est parfaitement concluant, disent-ils, en ce qui concerne les rapports des époux entre eux, puisque, d'une part, cette disposition, qui n'est à ce point de vue qu'une conséquence de la formation du contrat judiciaire, ne présente de sa nature rien d'exceptionnel, et que, d'autre part, les effets de ce contrat s'étendent virtuellement à tout ce qui doit être une suite nécessaire de la demande. Il y a mieux, la vie commune, en vue de laquelle les époux avaient réglé leur régime matrimonial, pouvant légalement cesser, dès avant même l'introduction de la demande en séparation de corps, par l'usage de la faculté que leur accorde l'article 878 du Code de procédure, on comprendrait difficilement que ce régime restât cependant en vigueur durant l'instance. Dans l'état d'hostilité où la demande en séparation de corps place les époux l'un à l'égard de l'autre, le système contraire pourrait entraîner les plus graves inconvénients.

MM. Aubry et Rau font remarquer ensuite que d'ordinaire, le demandeur en séparation de corps conclut accessoirement, et par voie de conséquence à la séparation de biens et que si, en pareil cas, il ne paraît guère possible de refuser effet rétroactif, en ce qui concerne les droits respectifs des parties, au jugement qui prononcera tout à la fois la séparation de corps et la séparation de

(1) Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. V, § 494, p. 202.

biens, on ne voit pas pourquoi il en serait autrement dans l'hypothèse où le demandeur se serait borné à provoquer la séparation de corps, puisque l'action ainsi formée implique nécessairement demande en séparation de biens.

Quant aux tiers, la séparation de biens dont s'agit ne peut leur être opposée qu'à partir de la publication et de l'affiche du jugement qui a prononcé la séparation de corps, peu importe que leurs droits soient antérieurs ou postérieurs à ce jugement (1).

Au moment où la loi de 1886 a été discutée, la jurisprudence était donc bien nettement fixée sur ce point que le jugement de séparation de biens accessoire à un jugement de séparation de corps bénéficiait de l'effet rétroactif édicté par l'article 1445, mais cet effet rétroactif était limité aux rapports entre époux, il ne pouvait préjudicier aux tiers, ceux-ci n'étant prévenus de la demande de séparation de corps par aucune publicité ; si l'époux demandeur voulait faire faire produire au jugement de séparation effet rétroactif à l'égard des tiers, il n'avait qu'à former parallèlement à la séparation de corps une demande de séparation de biens et la faire publier. L'article 1445 trouvait alors son application absolue. A défaut de publication de la demande, les droits pécuniaires des époux se réglaient entre eux à la date de la demande ; à l'égard des tiers, la séparation de biens ne pouvait être opposée qu'à partir du jugement (2).

Cette doctrine, très justifiée sans doute en équité, ne

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 203, note 18.

(2) La Cour de Paris dit : « à partir de la publication et de l'affiche du jugement ». Paris ; 12 janvier 1882. Sirey, 1882.2.116.

s'appuie, ainsi que nous l'avons déjà dit, sur aucun texte de la loi, aussi a-t-elle été l'objet de vives critiques.

M. Labbé nous signale la résistance très vive que la majorité des auteurs fait à cette distinction et à cette rétroactivité. Il cite Duranton, Valette sur Proudhon, Marcadé, Rodière et Pont, Demolombe, Colmet de Santerre, Laurent, Guillouard. « Ces auteurs font remarquer, dit-il, que cette rétroactivité n'est pas dans la loi, que la distinction entre les effets entre époux et les effets à l'égard des tiers n'offre pas de netteté, de clarté, d'exactitude. Il est chimérique de prétendre affranchir les tiers du contre-coup des effets donnés au jugement entre époux ».

En ce qui concerne le divorce, qui porte principalement sur le mariage c'est-à-dire l'union entre les personnes, ajoute M. Labbé (1), le législateur de 1804 ne s'était nullement occupé de donner au jugement une rétroactivité au jour de la demande, même quant aux intérêts pécuniaires. Il s'était borné à prévenir les abus, à permettre d'annuler les actes frauduleux que le mari pouvait accomplir durant le procès comme chef de la communauté. Tel était l'objet de l'ancien article 271 : « Toute obligation contractée par le mari à la charge de la communauté, toute aliénation par lui faite des immeubles qui en dépendent, postérieurement à la date de l'ordonnance dont il est fait mention en l'article 238, sera déclarée nulle, s'il est prouvé d'ailleurs qu'elle ait été faite ou contractée en fraude des droits de la femme ».

(1) Labbé, note sous Cass., 18 avril 1893. Sirey, 1894.1.6.

M. Labbé indique ensuite que, quoi qu'il en soit des critiques dirigées contre la jurisprudence en matière de séparation de corps, le législateur de 1886 a pris cette jurisprudence comme un complément de la loi, une explication autorisée du Code et qu'il l'a étendue au divorce, qui lui aussi entraîne par voie de conséquence une liquidation de la communauté qui a pu exister entre les époux aujourd'hui désunis. « Ces éléments divers, empruntés un peu confusément au Code civil de 1804 et à la jurisprudence de la Cour suprême, ont abouti à la loi du 18 avril 1886, et notamment au dernier alinéa de l'article 252 du Code civil remanié : « Le jugement (jugement de divorce) dûment transcrit remonte, quant à ses effets entre époux, au jour de la demande ». L'article 271 de l'ancien Code, qui n'admettait aucune rétroactivité en matière de divorce, a été conservé, et est devenu l'article 243 ; il doit se concilier avec le paragraphe 5 du nouvel article 252, qui donne une certaine rétroactivité au jugement de divorce au moins quant à ses effets entre époux (1) ».

Dans son examen critique de la jurisprudence en 1890, M. Massigli estime que la rétroactivité des effets du divorce au jour de la demande ne concerne pas tous les rapports entre époux. « Elle n'a de portée, dit-il, que dans la mesure où la jurisprudence de la Cour de cassation, sous la pression des besoins de la pratique et pour protéger chacun des époux contre des calculs d'intérêt faciles à concevoir dans leur état d'hostilité, admet depuis longtemps déjà une rétroactivité des effets de la séparation de corps (2) : elle se restreint aux rapports

(1) Labbé, note sous Cass., 18 avril 1893. Sirey, 1894. 1. 6.

(2) Voyez notamment Cass. civ., 18 juin 1877. S. 1877. 1.486. Massigli,

pécuniaires créés entre les époux par leurs conventions matrimoniales. C'est là le domaine spécial qui lui a été assigné par le rapporteur de la Commission du Sénat qui a introduit la disposition dans la loi ; elle a pour but « d'enlever aux époux la faculté de modifier, en ce qui les concerne, le patrimoine de la communauté, en avançant ou retardant suivant certaines combinaisons le moment où la décision des juges sera définitive » et la rétroactivité du jugement de divorce doit d'autant plus se limiter à cet objet qu'elle a un caractère exceptionnel, puisque les jugements déclaratifs d'un état antérieur doivent seuls rétroagir, et non pas ceux qui constituent un état de choses nouveau entre les parties.

La rétroactivité établie par l'article 252 ne concerne donc pas les rapports personnels des époux : les droits et les obligations qui naissent du mariage ne sont pas considérés comme effacés à compter du jour de la demande ; il y en a même une preuve positive dans une autre disposition qui a été revisée elle aussi par la loi du 18 avril 1886, nous voulons parler de l'article 313 du Code civil. Il laisse subsister, sauf à la rendre extrêmement fragile, la présomption *pater is est...* au profit de l'enfant conçu pendant la durée de l'instance en divorce ; c'est que le lien matrimonial ne doit pas être considéré comme dissous avant le jugement ».

M. Labbé, d'autre part, conclut l'historique de la question par l'observation suivante : « Nous avons cru utile de pénétrer dans l'historique de la rédaction de la loi du 18 avril 1886, afin d'arriver à cette conclusion, à

notre avis ainsi confirmée, rendue évidente, c'est que le dernier paragraphe de l'article 252, quoique écrit à propos du jugement de divorce, ne regarde que les effets en quelque sorte indirects de ce jugement sur les biens et les intérêts pécuniaires. La rétroactivité au jour de la demande ne doit pas être étendue aux rapports entre les personnes. La phrase incidente « quant à ses effets entre époux », doit être restreinte et considérée comme un souvenir, un reflet de la jurisprudence de la Cour de cassation, quant à la séparation de biens conséquence de la séparation de corps. M. le conseiller rapporteur de l'arrêt du 12 avril 1893 s'est montré tellement persuadé de cette influence exercée sur le législateur par la jurisprudence qu'il a dit : « Cette rétroactivité restreinte aux rapports pécuniaires entre époux, nous l'aurions sans doute suppléée dans le silence de la loi, en développant notre propre jurisprudence ». L'impropriété que l'on a relevée dans cette expression « effets entre les époux », par opposition à « effets à l'égard des tiers », prouve la filiation historique que nous attribuons au dernier paragraphe de l'article 252 ; car cette expression vague et impropre est celle qui a été employée par la plupart des arrêts. Il est difficile cependant qu'un effet soit limité aux rapports entre les époux sans avoir un contre-coup sur l'intérêt des tiers (1) ».

« Il est certain, dit encore M. Colmet de Santerre, qu'en employant dans l'article 252 les expressions de l'article 1445, les rédacteurs de la loi de 1886 n'ont pas voulu protéger d'autres intérêts que ceux qui sont sauvegardés par l'article 1445. En parlant des effets entre

(1) Labbé, note sous Cass., 18 avril 1893. Sirey, 1894. 1.6, note, colonne 3.

époux du divorce régulièrement transcrit, ils ont songé particulièrement aux effets que la dissolution du mariage produit par rapport à la composition active et passive de la communauté ; à ce point de vue, il fallait que les époux, et particulièrement la femme, ne souffrissent pas des lenteurs de la justice ; voilà pourquoi le jugement remonte au jour de la demande.

« Mais la formule de la loi a été plus loin que sa pensée ; la rétroactivité empruntée à l'article 1445 ne concerne que les biens des époux et laisse intact le principe que l'union des personnes est dissoute seulement par le jugement de divorce dûment transcrit (1) ».

Pour déterminer exactement la portée de l'article 252, § 5, et ses cas d'application, il n'est donc pas douteux, bien que cette conclusion résulte plutôt de l'esprit des travaux préparatoires que des déclarations expresses des législateurs, que nous devons nous reporter à la jurisprudence admise en matière de séparation de corps relativement au règlement des intérêts pécuniaires ou moraux entre époux.

En conséquence :

1° Pour tout ce qui concerne les intérêts moraux, le jugement de divorce ne produit ses effets que du jour de la transcription ;

2° Pour tous les intérêts pécuniaires et spécialement pour la dissolution du régime matrimonial, le jugement de divorce produit ses effets à dater du jour de la demande, mais cet effet rétroactif se restreint dans les rapports entre époux ; à l'égard des tiers, le jugement ne produit ses effets qu'à dater de la transcription.

(1) Colmet de Santerre, *op. cit.*, tome I (3^e édition, 1895), n° 378 bis, VI, p. 538.

SECTION II. — EFFET RÉTROACTIF DU JUGEMENT DE DIVORCE.

Le texte même de l'article 252, § 5, limite cet effet rétroactif aux rapports entre époux. « Le jugement dûment transcrit remonte, quant à ses effets entre époux, au jour de la demande ».

Le rapporteur de la loi de 1886, M. Labiche, nous a suffisamment expliqué la portée de cette disposition : « Elle a pour objet d'enlever aux époux la faculté de modifier en ce qui les concerne le patrimoine de la communauté, en avançant ou retardant suivant certaines combinaisons le moment où la décision des juges sera définitive et où, par conséquent, elle produit seulement effet aujourd'hui ».

Pour mieux déterminer la portée du paragraphe 5, M. Labiche, rapporteur, déclara ensuite que « ce texte ne parle que des effets à l'égard des époux. En ce qui concerne les effets de la séparation de corps ou du divorce à l'égard des tiers, il n'est apporté aucune modification au régime actuel (1) ».

M. Paul Pic (2) a très bien formulé les principes de la rétroactivité à cet égard : « De même que le jugement de séparation de corps qui ne rétroagit pas a pour corollaire la séparation de biens qui rétroagit, de même le jugement de divorce dissout le mariage *ex nunc*, sans rétroactivité, mais il dissout rétroactivement *ex tunc* la communauté ou plus généralement le régime matrimonial adopté par les époux ».

Cette formule a le mérite de préciser exactement ce

(1) Sénat, Séance du 24 déc. 1885. Sirey, 1886, p. 57 et 58, n. 35.

(2) Paul Pic, *Jurisprudence du divorce*, février 1887, p. 34.

qu'il faut entendre par effet rétroactif relativement aux intérêts pécuniaires. En fait, en effet, les intérêts pécuniaires débattus entre époux dérivent tous du règlement du régime adopté.

Dès que le divorce sera définitif par la transcription, le régime matrimonial sera donc réputé dissous à dater du jour de la demande, mais, conformément à la jurisprudence en matière de séparation de corps, jurisprudence que consacre législativement l'article 252, § 5, les tiers, n'ayant pas été prévenus par une publicité quelconque de la demande de divorce, ne doivent en subir aucune conséquence et les intérêts pécuniaires débattus entre eux et les époux seront réglés sans rétroactivité ; le jugement ne produira effet à cet égard qu'à dater de la transcription.

Nous allons examiner successivement les effets de cette règle :

1^o dans les rapports entre époux.

2^o dans les rapports entre les époux et les tiers.

§ 1. — Rapports entre époux.

Entre époux, le jugement dûment transcrit produit ses effets au jour de la demande.

Une première question se pose : que faut-il entendre par demande ?

A.—Que faut-il entendre par jour de la demande ?

« S'agit-il de l'assignation ? S'agit-il de la requête ? nous serions très porté pour notre part, dit M. Carpentier, à interpréter ce mot dans ce dernier sens. En ar-

mant en effet le président de pouvoirs nouveaux dès la première comparution des parties, la loi paraît avoir témoigné du désir de faire remonter aussi haut que possible la protection qu'elle entend accorder aux époux. Nous en concluons que si les deux conjoints s'étaient portés respectivement demandeurs en divorce par voie principale ou reconventionnelle, on devrait faire remonter les effets du divorce à la première des deux actions (1) ».

Il y a toutefois une hypothèse, ajoute M. Carpentier, où il semble qu'on devrait s'attacher à la date de la demande reconventionnelle, c'est lorsque le demandeur primitif, ayant transformé sa demande de divorce en demande de séparation, il ne resterait plus en réalité qu'une demande de divorce, celle qui aurait été formée par conclusions.

L'opinion contraire est professée M. Baudry-Lacantinerie.

Le jugement rétroagit au jour de la demande ; ceci signifie, dit M. Baudry-Lacantinerie : « au jour où a été lancée la citation à comparaître devant le tribunal compétent. Jusque là, en effet, la demande n'est pas encore formée, elle n'est que projetée ».

Quand il s'agit de savoir à quel moment le tribunal est saisi et l'instance liée ; on doit décider que la requête présentée par la femme au président suffit à cet effet. « On comprend que la procédure du divorce ne doive pas être scindée, qu'une partie de cette procédure ne puisse pas se dérouler devant un tribunal, et l'autre devant un tribunal différent. La compétence doit être

(1) Carpentier, *op. cit.*, II, n° 159, p. 185.

définitivement réglée d'après l'état de choses existant au jour où a été accompli le premier acte régulier de la procédure, par conséquent à une époque antérieure à la demande. Mais les effets du jugement qui prononce le divorce ne rétroagiront qu'au jour de la demande (1) ».

C'est cette deuxième opinion que nous adoptons : le jour de la demande c'est le jour de l'assignation et non le jour de la requête.

M. Garsonnet (2) fait remarquer que le juge de paix saisi d'une tentative de conciliation et même compétent pour en connaître, peut ne pas être le juge du même lien que le tribunal civil qui connaîtra de l'affaire.

Il en est tout différemment, sous ce rapport comme sous beaucoup d'autres, de l'essai de conciliation qui doit, aux termes des articles 234 et suiv. du Code civil, 875 et suiv. du Code de procédure, précéder les demandes en divorce ou en séparation de corps. D'abord, le président du tribunal compétent pour tenter la réconciliation des époux étant celui du tribunal qui connaîtra de la demande en séparation de corps ou en divorce si les époux refusent de se concilier, le demandeur qui lui présente requête désigne, par là même, le tribunal qui devra plus tard, et s'il y a lieu, être saisi de la demande. Le défendeur connaît donc dès ce moment le tribunal devant lequel il sera sûrement assigné faute de réconciliation, et rien ne l'empêche d'opposer immédiatement le déclinatoire s'il croit devoir contester la compétence de ce tribunal. Bien plus, l'instance doit être tenue pour commencée dès que la requête a été présentée, car, ré-

(1) Baudry-Lacantinerie, I, (5^e édition), n° 721, *in fine*, p. 435.

(2) Garsonnet, sous Cass., 1^{er} juin 1891, Sirey, 1892.1.129.

digée par un avoué, bien que présentée par le demandeur en personne et contenant les énonciations requises pour un ajournement, elle a tous les caractères d'une demande en justice, et le président ne joue pas seulement le rôle de conciliateur puisqu'il rend, en vertu de l'article 238 du Code civil (loi du 18 avril 1886), sur la résidence de l'époux demandeur, la garde provisoire des enfants, la remise des effets personnels et les demandes des aliments, des ordonnances ayant force exécutoire, même par provision, et susceptibles d'appel (1).

Faut-il en conclure que l'article 252 du même Code, aux termes duquel le jugement de divorce, dûment transcrit, rétroagit, quant à ses effets entre époux, au jour de la demande, doit être entendu en ce sens que lesdits effets des jugements remontent au jour même où la requête a été présentée? La question est controversée (2).

La difficulté provient de ce que la jurisprudence a reconnu à la requête le pouvoir de lier l'instance et de saisir le tribunal.

La Cour de Grenoble a constaté en effet dans un arrêt du 2 mai 1891 : « Qu'il est de jurisprudence en matière de séparation de corps et de divorce, que la notification de la requête du demandeur, et la deuxième ordonnance rendue par le président du tribunal, ont pour effet de lier l'instance et de saisir le tribunal (3) ».

La Cour de cassation en a tiré cette conséquence que, si le président du tribunal du domicile du mari défendeur a été saisi par la requête de la femme demanderesse et que cette requête ait été répondue d'une ordon-

(1) Voir Paris, 5 février 1889. S. 1889.2.30.

(2) Garsonnet, note dans Sirey, 1892.1.129.

(3) Cour de Grenoble, 2 mai 1891, Sirey, 1893.2.178.

nance du président permettant de citer devant lui, puis suivie d'une citation à cet effet, le changement de domicile du mari postérieurement à cette notification, n'a pu dessaisir le tribunal. La décision de la Cour de cassation a été rendue, il est vrai, en matière de séparation de corps, mais cette décision est applicable par analogie *mutatis mutandis*, en matière de divorce, les principes restant les mêmes (1).

« LA COUR ; — En droit : — Vu les articles 171 et 363 du Code de procédure ; — Attendu que la recevabilité de la demande en règlement de juges n'est pas contestée ; — Attendu, au fond, que c'est en sa qualité de membre du tribunal civil que le président reçoit la requête introductive de l'instance en séparation de corps ; que cette requête, qui est nécessairement présentée par le ministère d'un avoué, doit, aux termes de l'article 875 du Code de procédure, contenir les faits sur lesquels la demande en séparation est fondée, et que les pièces à l'appui doivent y être jointes ; qu'elle constitue ainsi, du moment où l'époux défendeur en est touché, le premier acte de l'instance soumise à la juridiction du tribunal ; — Attendu, en conséquence, que le tribunal civil de Caen s'est trouvé saisi, par la notification que madame Rousselin avait faite à son mari, de la requête présentée par elle au président dudit tribunal, requête qui a été répondue d'une ordonnance de ce magistrat permettant de citer en conciliation devant lui, et suivie d'une citation donnée à Rousselin à cet effet, conformément à l'article 876 du Code de procédure ; que, par suite, le changement de domicile opéré par le mari,

(1) Cf. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, I, (5^e édit.) n° 691, p. 414.

postérieurement à cette notification, n'a pu dessaisir le tribunal (1) ; etc. »

La Cour de Paris, par arrêt du 5 août 1886, a décidé, d'après les mêmes principes, que l'exception d'incompétence *ratione loci* était couverte par le fait de la comparution devant le président du tribunal sans opposer de déclinatoire d'incompétence.

« LA COUR ;— Considérant que la demande portée devant le tribunal doit être considérée, ainsi qu'au surplus le reconnaissent les deux parties, comme une demande incidente à l'instance en séparation de corps ; que la question à résoudre revient donc à savoir si le tribunal civil de la Seine est compétent pour connaître de la demande en séparation de corps que la dame de Fontenailles a été autorisée par le président de ce tribunal à introduire contre son mari ; — Considérant qu'il est de règle et de principe absolu, en droit, que l'instance en séparation de corps ou en divorce est introduite par l'assignation à comparaître devant le président du tribunal, signifiée, en vertu de l'autorisation donnée par ce magistrat, par l'époux demandeur à son conjoint ; qu'en effet le magistrat, devant lequel les époux comparaissent, est appelé par la loi à faire, non seulement acte de conciliation, mais aussi acte de juridiction sur les questions du plus haut intérêt, à lui expressément déférées par l'article 878 du Code de procédure ; que, si le président devant lequel les époux comparaissent n'appartient pas au tribunal compétent à raison du domicile du mari, l'époux défendeur doit ou s'abstenir de comparaître, ou proposer l'exception d'incompétence dont il croit devoir

(1) Cass., req. 8 décembre 1880. Sirey, 1882.1.103.

se prévaloir ; que son silence sur ce point, et les explications qu'il a été nécessairement appelé à fournir sur les divers points jugés provisoirement par l'ordonnance du président, doivent être considérés comme des défenses au fond, dans les termes de l'article 169 du Code de procédure ; que de Fontenailles ayant comparu, à deux reprises différentes, dans ces conditions, devant le président du tribunal civil de la Seine, doit être considéré comme ayant accepté, ce qui était son droit, la juridiction de ce tribunal, l'incompétence dont il entend se prévaloir aujourd'hui étant une incompétence *ratione personæ* ;

Par ces motifs ; — Réformant, etc. » (1).

Plus récemment, le tribunal de la Seine avait admis, par jugement du 27 décembre 1890 l'exception d'incompétence opposée par une femme à une action en divorce et tirée de ce que le domicile des époux était dans l'arrondissement de Louviers et non à Paris.

Sur appel, la Cour de Paris décida que, l'instance en divorce étant introduite par la citation en conciliation devant le président du tribunal, l'exception d'incompétence était couverte si elle n'avait pas été opposée devant ce magistrat.

« LA COUR ; — Statuant sur l'appel interjeté par Fromont du jugement rendu par la quatrième chambre du tribunal, en date du 27 décembre 1890 ; — Considérant qu'il est de règle et de principe, en droit, que l'instance en divorce ou en séparation de corps doit être réputée introduite, non en vertu de l'exploit qui a saisi le tribunal de l'action principale, mais par l'assignation signifiée à son conjoint par l'époux demandeur à comparaî-

(1) Cour de Paris, 5 août 1886. Sirey, 1888.2.56.

tre devant le président chargé, non seulement de l'essai de conciliation, mais encore de statuer à charge d'appel sur certaines questions rentrant dans ses pouvoirs de juridiction ; — Considérant dès lors que l'époux défendeur qui entend vouloir contester la compétence *ratione loci* du tribunal auquel appartient le magistrat conciliateur devant lequel il comparait, doit expressément et formellement décliner la compétence de ce magistrat lui-même, avant de présenter ses explications et moyens de défense sur les questions litigieuses qui lui sont soumises ;

Déclare la dame Fromont, intimée, non recevable en son exception d'incompétence, etc. (1) ».

L'annotateur du Sirey, reprenant pour partie les motifs d'un arrêt de la Cour de Paris du 5 février 1889, nous dit que : « La théorie d'après laquelle l'exception d'incompétence à raison du domicile doit être présentée devant le président peut être considérée comme l'ayant emporté devant la jurisprudence ; une série considérable d'arrêts décide que le débat est lié dès que l'ordonnance est rendue, après tentative infructueuse de la conciliation ; le vice de l'incompétence est couvert par la comparution et les explications fournies devant le président ; celui-ci a fait acte de juridiction, et non pas seulement de conciliation ; il n'a pu statuer que parce qu'il était président du tribunal du domicile ; il a affirmé la compétence du tribunal en affirmant la sienne ; le défendeur qui a comparu sans opposer l'incompétence a accepté la juridiction du tribunal, dont le président était le délégué pour la première période de l'instance ; tels

(1) Cour de Paris, 15 mars 1892. Sirey, 1892.2.72.

sont les motifs sur lesquels s'appuie l'opinion qui a triomphé (1) ».

Ce sont précisément les pouvoirs spéciaux du président du tribunal vis-à-vis des époux demandant le divorce, qui justifient les décisions que nous avons citées ; le président agit comme délégué du tribunal ; il fait non seulement acte de conciliation mais aussi acte de juridiction ; le défendeur, s'il ne décline pas la compétence de ce magistrat, accepte la compétence du tribunal auquel appartient ce magistrat, pour connaître de la demande principale (2) ; on conçoit que le tribunal soit lié par la requête en ce qui concerne la détermination de la compétence par le président, mais le défendeur est-il atteint par cette requête ? il l'ignore, et, quand l'ordonnance du président en réponse à cette requête lui est signifiée, le domicile est fixé, dit l'arrêt de la chambre des requêtes que nous avons cité, le tribunal de ce domicile ne sera plus dessaisi par un changement de domicile. Nous l'acceptons, mais, si la compétence du tribunal est fixée, le défendeur est-il vraiment atteint, est-il vraiment lié par l'instance ? Nous n'avons pas de décision de jurisprudence spéciale au divorce à ce sujet, mais nous invoquerons les précédents relatifs à la séparation de biens, nous invoquerons ensuite un argument de texte tiré de la loi de 1886 pour justifier notre opinion.

MM. Rodière et Pont décidaient que, dans le cas même de séparation de biens formée principalement, l'effet du jugement remonte seulement au jour de l'assi-

(1) Note sous Grenoble, 2 mai 1891. Sirey, 1893.2.177.

(2) Cf. motifs, Cour de Paris, 5 février 1889. Sirey, 1889.2.81.

gnation donnée au mari, et non au jour de la requête au président (1).

La Cour de Bordeaux a consacré cette opinion (2).

« Attendu que la règle posée par l'article 1445 du Code civil, s'applique à la séparation de biens résultant de la séparation de corps ; que le jugement n'a pas méconnu ces principes, et qu'il fait remonter les effets du jugement au jour où la demande a été introduite en justice ; que la dame Pougau soutient, il est vrai, que l'effet rétroactif devrait être reporté au 26 novembre 1874, date de l'ordonnance rendue par M. le président du tribunal de Cognac, mais que cette prétention ne saurait être accueillie ; — Attendu, en effet, que les articles 875 et suiv. du Code de procédure, organisent, en cas de demande en séparation de corps, un ensemble de formalités qui remplacent l'essai de conciliation prescrit pour les cas ordinaires devant une autre juridiction ; que, d'après l'article 878, le magistrat qui n'a pu rapprocher les deux époux autorise la femme à *procéder sur sa demande* et à résider provisoirement au domicile par lui indiqué ; qu'il est donc impossible de considérer comme constituant la demande l'accomplissement des formalités préalables sans lesquelles cette demande n'aurait pu être portée en justice ; que les dispositions de l'article 57 du Code de procédure, invoquées par analogie, ont un caractère exceptionnel et ne peuvent être étendues à l'essai de conciliation particulier porté en matière de séparation de corps devant le président du tribunal ; qu'au surplus, les effets que l'article 57 attache à la citation en conciliation sont subordonnés

(1) *Contrat de mariage*, t. 3, n. 2168.

(2) Cour de Bordeaux, 23 novembre 1880. Sirey, 1881.2.77.

au cas où cette citation aura été suivie d'assignation dans le mois ; ce qui n'a pas eu lieu dans la cause ;... »

Le Tribunal de Troyes, par jugement du 10 août 1881, fort bien motivé, a décidé aussi que la séparation de biens résultant du jugement de séparation de corps rétroagit au jour de l'assignation et non au jour de la requête au président.

« LE TRIBUNAL ; — Attendu que le notaire, se fondant sur l'article 1445 du Code civil, qui dispose que le jugement prononçant la séparation de biens remonte, quant à ses effets, au jour de la demande, a fixé la dissolution de la communauté au 15 novembre 1877, date de l'assignation en séparation de corps signifiée à Croisey ; — Attendu qu'il est de jurisprudence, et que d'ailleurs les parties sont d'accord pour admettre que les effets de la séparation de biens, prononcée comme conséquence légale de la séparation de corps, doivent remonter au jour de la demande ; mais que la dame Croisey prétend que, dans ce cas, le tribunal est saisi et l'instance engagée par la requête contenant l'exposé des faits, présentée au Président du tribunal et suivie de la comparution des parties devant ce magistrat et de son ordonnance autorisant la femme à quitter le domicile conjugal ; que la requête dont il s'agit ayant été présentée le 29 novembre 1876, ce serait à cette date que devrait être reportée la dissolution de la communauté ; — Attendu qu'aux termes de l'article 307 du Code civil, la demande en séparation de corps doit être intentée, instruite et jugée de la même manière que toute autre action civile ; qu'à la vérité, les articles 875 et suivants du Code de procédure civile, à raison de l'importance et de la gravité de cette demande, ont confié au Prési-

dent du tribunal la mission que remplit le juge de paix en toutes autres matières et édicté un ensemble de formalités remplaçant la tentative de conciliation ; mais qu'il est manifeste que ces formalités ne constituent pas, à proprement parler, l'exercice de l'action en séparation de corps ; qu'elles n'en sont que le préliminaire ; que cette interprétation ressort, non seulement de l'esprit des articles précités, mais des termes de l'article 878 qui porte qu'après la comparution, et en cas de non conciliation, le Président renvoie les parties à se pourvoir sans citation préalable au bureau de conciliation, et autorise la femme à procéder sur sa demande ; que la nécessité de cette autorisation est une des conséquences du principe qui veut que la femme mariée ne puisse ester en justice sans y avoir été autorisée ; qu'il en résulte que ces formalités préalables, à défaut desquelles la demande n'aurait pu être introduite, ne sauraient être considérées comme constituant la demande elle-même ; que l'instance ne commence, en réalité, que par l'acte introductif soumis, d'après l'article 307 du Code civil, aux formes ordinaires, et que c'est évidemment un acte de cette nature, c'est-à-dire un ajournement, que l'article 1445 a entendu viser dans sa disposition finale ; — Attendu que cette opinion est corroborée par les articles 270 et 271 du Code civil, qui confèrent à la femme commune en biens la faculté de requérir l'apposition des scellés sur les effets mobiliers de la communauté, et de faire prononcer la nullité de toute obligation contractée par le mari, et de toute aliénation par lui faite des immeubles qui en dépendent, postérieurement à l'ordonnance dont il est fait mention en l'article 238, s'il est prouvé d'ailleurs qu'elle ait été faite ou contractée

en fraude des droits de la femme ; que ces articles, bien que placés au titre du divorce, sont applicables à la séparation de corps ; qu'il résulte de ces dispositions protectrices des intérêts de la femme que la communauté ne doit pas être considérée comme dissoute à cette période de la procédure ; que, conséquemment, la prétention de la dame Croisey ne saurait être accueillie, et que la date de la dissolution de la communauté doit rester fixée au 15 novembre 1877, date de l'exploit d'ajournement » (1).

Ce sont là les principes que nous appliquons à notre matière.

La requête, l'ordonnance, la tentative de conciliation sont des formalités indispensables pour pouvoir intenter une demande de divorce, mais ne sont que des formalités préliminaires à cette demande et qui ne doivent pas se confondre avec elle.

Avant 1886, la question n'aurait pu soulever de difficulté puisqu'il fallait un jugement pour admettre la demande de divorce ; la loi de 1886 a simplifié la procédure, mais n'a pas modifié la nature de l'acte qui constitue la demande. « Le but que s'est proposé la loi de 1886, disait l'exposé des motifs, a été de dégager la procédure d'embarras inutiles, de diminuer ainsi les charges des plaideurs, de simplifier les formes qui actuellement, sans profit réel pour la justice, dérobent aux magistrats un temps précieux ». Mais on n'a pas voulu que des demandes inconsidérées puissent se produire. « Plus le divorce est chose grave, au point de vue de la famille comme au point de vue de la société, plus il importe de

(1) Trib. civ. de Troyes, 10 août 1881, Sirey, 1881.2.220.

prémunir les parties elles-mêmes contre leurs entraînements et leurs passions, disait M. Labiche au Sénat. Il était donc indispensable que la procédure nouvelle ne négligeât aucune des garanties utiles, il ne fallait pas qu'une *demande en divorce* pût être introduite légèrement, il était nécessaire de laisser aux époux le temps de réfléchir et de donner au magistrat la possibilité d'intervenir pour l'accomplissement de sa haute mission de conciliation ».

Et c'est pour cela que la loi a créé une conciliation, c'est pour cela que le président ne doit donner le permis de citer qu'après une deuxième, quelquefois une troisième comparution. Mais cela ne montre-t-il pas que la *demande de divorce* ne fait pas partie des formalités préliminaires de conciliation ?

Sans doute il serait très équitable de faire remonter le plus haut possible les effets du jugement de divorce et de prendre la requête comme point de départ extrême ; on peut redouter en effet que le mari, si c'est le mari qui est défendeur, surpris par cette attaque, ne cherche à venger son humiliation par des actes préjudiciables au patrimoine de la société conjugale ou de sa femme, mais l'article 243 (ancien art. 271) donne à la femme les moyens de réparer ces fraudes, et d'ailleurs il ne suffit pas qu'une règle soit équitable pour qu'elle soit admise ; il faut que le législateur l'ait consacrée formellement ou implicitement ; dans notre matière, le législateur n'a jamais donné à la requête le sens et la valeur d'une demande.

Le rapprochement avec le sens du mot *demande* le divorce dans la loi de 1884, nous en donne une preuve certaine.

Nous pouvons de plus montrer que, dans le texte de la loi de 1886, le mot : demande, n'a jamais signifié autre chose que : citation ou assignation.

Prenons l'article 238, § 5 : « Lorsque le tribunal est saisi, les mesures provisoires prescrites par le juge peuvent être modifiées ou complétées au cours de l'instance, par jugement du tribunal ». Le tribunal est saisi, saisi par quoi ? par la demande c'est-à-dire par l'assignation.

Voyons l'article 239, § 2 : « Le demandeur peut, en tout état de cause, transformer sa demande en divorce en demande en séparation de corps ». Puis l'article nous parle de demande reconventionnelle. Demande signifie-t-il autre chose qu'assignation ?

On peut voir encore l'article 246.

Mais le texte le plus probant nous paraît être l'article 247 : « Lorsque l'*assignation* n'a pas été délivrée à la partie défenderesse en personne et que cette partie fait défaut, le tribunal peut, avant de prononcer le jugement sur le fond, ordonner l'insertion dans les journaux d'un avis destiné à faire connaître à cette partie la *demande* dont elle a été l'objet ». L'article parle d'abord de l'assignation qu'il qualifie plus loin de demande. N'est-il pas évident que, dans tout le texte de la loi, demande n'a jamais signifié requête, que le législateur n'a jamais eu en vue que l'assignation quand il a parlé de la demande.

Donc, nous appuyant : 1° sur le rapprochement que les travaux préparatoires établissent entre la demande dans la loi de 1884 et la demande d'après la loi de 1886 ; 2° sur le sens que le texte de la loi de 1886 donne tou-

jours au mot : demande (1), nous déciderons que l'article 252, § 5 signifie que le jugement dûment transcrit rétroagit, quant à ses effets entre époux, au jour de l'*assignation* (2).

(1) Nous pourrions encore invoquer un argument d'analogie avec la séparation de biens qui rétroagit au jour de l'assignation. Mais on pourrait objecter que, dans ce cas, c'est l'assignation qui est publiée et la publicité justifie le point de départ de l'effet rétroactif. Pour la demande de divorce, il n'y a aucune publicité et c'est précisément à cause de cette absence de publicité que le législateur eût fait œuvre d'équité en faisant remonter les effets de jugement de divorce le plus haut possible c'est-à-dire au jour de la requête, mais il est certain que le législateur n'a pas voulu admettre cette solution.

(2) Ce qui prouve bien, disent les adversaires de notre opinion, que l'instance de divorce est liée par la remise de la requête au Président, c'est l'ancien article 236 (loi de 1884) disant au sujet de cette requête « Toute demande en divorce détaillera les faits ; elle sera remise avec les pièces à l'appui, s'il y en a, au président du Tribunal ou au juge qui en fera les fonctions par l'époux demandeur en personne. »

Ce sont encore les articles 234, 235 et 238 relatifs, l'un à la requête que doit remettre au Président l'époux qui veut former une demande en divorce ; l'autre, à l'ordonnance rendue par le Président après avoir entendu le demandeur ; le troisième à l'autorisation de citer donnée par le Président au demandeur après la tentative de conciliation, c'est aussi l'article 236 nouveau permettant au juge d'autoriser l'époux demandeur à résider séparément.

Demande, demandeur, défendeur, partie, autant de termes démontrant l'existence d'une instance ouverte et figurant dans des articles réglant des situations antérieures à l'assignation.

Cet argument n'a pas la valeur qu'on voudrait lui donner.

En effet il résulte des articles 234, 235, 236 et 238 qu'il y a un demandeur et un défendeur à compter du jour de la remise de la requête au Président. Mais est-ce bien une demande en divorce dont nous révélons l'existence ? S'il en était ainsi le juge saisi pourrait statuer sur le divorce lui-même. Or il n'en est rien et, ses attributions de conciliateur mises de côté, le Président ne peut que régler les demandes provisoires qui lui sont soumises, *résidence du demandeur, provision alimentaire, garde des enfants* ; c'est non l'instance de divorce, mais une instance particulière ayant trait aux seules mesures provisoires.

La comparaison des formules nous démontre même le bien-fondé de cette distinction ; nulle part avant l'assignation, dans aucun acte antérieur à la citation nous ne voyons demander le divorce. C'est alors, mais alors seulement, que le défendeur est cité pour « voir prononcer le divorce d'en-

B. — Effets quant à la composition de la communauté.

Quelles sont les conséquences de l'effet rétroactif sur le régime matrimonial des époux ?

Supposons les époux mariés sous le régime de la communauté.

En ce qui concerne la composition de la communauté, le jugement de divorce produit les effets suivants :

a) Composition de l'actif et du passif de la communauté.

a) Actif de la communauté.

La communauté cesse d'être accrue des acquisitions mobilières de l'un ou de l'autre époux.

Les fruits et les revenus des biens propres de la femme, ainsi que les intérêts de la dot mobilière dont elle s'est réservé la reprise, ne tombent plus en communauté à dater du jour de la demande.

Cette règle avait été formellement reconnue par le Châtelet de Paris dont Pothier nous signale l'usage.

« L'usage du Châtelet ayant donné aux sentences de séparation de biens un effet rétroactif au jour de la demande, il paraît, dit Pothier, que c'est une conséquence d'adjuger à la femme du jour de la demande en séparation, les intérêts de sa dot, que le mari est condamné à

tre les époux à la requête du requérant, voir ordonner que le jugement à intervenir sera transcrit et mentionné sur les registres de l'état civil ». Dans la requête remise au Président rien de semblable. Le requérant y conclut à ce qu'il plaise au président : « Lui donner acte de la présentation de sa requête, l'autoriser à faire citer son conjoint à comparaître devant le président, aux jour, lieu et heure que celui-ci voudra bien désigner pour être entendu contradictoirement avec lui sur les faits sus-énoncés, se concilier si faire se peut, sinon voir autoriser l'exposant d'intenter une demande en divorce et voir statuer sur les mesures provisoires ». Une requête tendant à obtenir l'autorisation de former une demande en divorce ne peut être considérée comme étant cette demande elle-même.

lui restituer par la sentence de séparation ; néanmoins il y a un arrêt du 8 avril 1672, rapporté au tome III du *Journal des audiences*, qui n'a adjugé à la femme les intérêts de sa dot que du jour de la sentence de séparation. Nonobstant cet arrêt, Lacombe sur le mot *séparation*, prétend que l'usage constant du Châtelet, est d'adjuger à la femme lesdits intérêts du jour de la demande ; bien entendu, sous la déduction des aliments qui ont été fournis à la femme depuis ce temps et de la part dont elle a dû contribuer aux charges du mariage : je pense que cela doit être laissé à l'arbitrage du juge, qui compensera les intérêts de la dot depuis la demande jusqu'à la sentence, avec les aliments fournis à la femme pendant ledit temps, et la part dont elle a dû contribuer aux charges du mariage, lorsqu'il trouvera qu'il n'y a pas de différence, et surtout lorsque l'instance n'a pas duré longtemps. Mais lorsque par les chicanes du mari l'instance aura duré longtemps, et que la dot étant considérable, les intérêts excèdent de beaucoup lesdites choses, le juge les adjugera du jour de la demande, sous lesdites déductions (1) ».

Sous l'empire du Code, la même règle avait été admise, néanmoins elle avait donné lieu à quelques difficultés.

Aucune disposition de loi n'accorde en effet à la femme de réclamer les intérêts de sa dot du jour de la demande ; il en résulte, d'après certains auteurs, qu'il faudrait s'en référer aux principes généraux en matière de point de départ des intérêts à demander. Or il est de règle que les intérêts d'une créance qui, par elle-même, n'en produit pas, ont le caractère de dommages-intérêts, et ces

(1) Pothier, *Traité de la communauté*, partie III, chap. I, art. II, § III, n° 521.

dommages-intérêts ne sont dus que si le débiteur, mis en demeure, ne se libère pas ; dans une instance en séparation de corps ou en divorce, peut-on rendre le mari responsable et le punir du retard qu'imposent à sa libération les nécessités d'une procédure qu'en pareille matière la loi rend obligatoire (1) ?

Troplong soutenait que les intérêts de la dot ne sont dus à la femme que du jour du jugement qui prononce la séparation de biens. N'est-ce pas en effet « le mari qui doit, en attendant le jugement de séparation de biens, supporter les charges du mariage ? Or les intérêts de la dot ont précisément pour but de soutenir ces charges communes ; il faut donc que le mari en jouisse (2) ».

Le tribunal de Lyon avait adopté cette opinion : « L'article 1445 du Code Napoléon est inapplicable aux intérêts de la dot, parce que les intérêts ne sont accordés au créancier qu'à raison du retard (1153), excepté dans les cas où la loi les fait courir de plein droit, parce que toute séparation volontaire étant nulle, le mari n'ayant pu prévenir l'action en séparation de biens ni y adhérer, ne peut pas se libérer des reprises de la femme avant le jugement qui l'y condamne (3) ».

La Cour de Riom, confirmant un jugement du tribunal d'Ambert, a décidé par arrêt du 31 janvier 1826 que : « aux termes de l'article 1549 du Code civil, le mari seul a le droit de percevoir les fruits et intérêts des biens dotaux de sa femme, sous la seule obligation de fournir aux charges du mariage ; s'il n'existe aucune disposition législative qui dépouille le chef de la communauté

(1) Cf. Sirey, 1868.2.129, note 1-2.

(2) Troplong, *Du contrat de mariage*, t. 2, n° 1384.

(3) Trib. de Lyon, 16 janvier 1869. Sirey, 1869.2.273.

du droit de percevoir et de fournir quittance des revenus des biens dotaux, ils n'ont pas cessé d'être et sa propriété et le gage de ses créanciers (1) » ;

Enfin la Cour de cassation elle-même l'avait consacrée par arrêt du 28 mars 1848.

Une dame Cisternes, mariée sous le régime dotal, avait formé une demande en séparation de biens le 9 novembre 1808 ; le jugement rendu le 21 décembre 1808 condamnait le sieur Cisternes à payer à la dame Cisternes la somme de 52.300 francs montant de ses reprises avec intérêts.

Plus tard les biens du mari furent vendus et, à l'ordre ouvert sur la répartition des sommes en provenant, la dame Cisternes produisit pour le montant de ses reprises liquidées à 52.200 francs, pour les intérêts à dater du jour de la demande en séparation de biens et les intérêts des intérêts.

Après de longues discussions, la Cour de Riom rendit un arrêt le 17 décembre 1846, qui n'allouait à la dame Cisternes les intérêts de la dot qu'à partir du jugement de séparation et qui refusait de la colloquer au rang de son hypothèque légale pour les intérêts.

Sur pourvoi par la dame Cisternes, la Cour de cassation rendit un arrêt de rejet en date du 28 mars 1848 (2) ;

« Sur le 2^e moyen ; — Attendu que malgré la clarté de sa rédaction, portant que le jugement qui prononce la séparation de biens remonte quant à ses effets au jour de la demande, l'article 1445 a été l'objet d'une controverse sérieuse sur les successions mobilières

(1) Cour de Riom, 31 janvier 1826, C. IV, 8^e volume, 2.187.

(2) L'arrêt reproduit strictement les observations du conseiller rapporteur, M. Mestadier, voyez Sirey, 1848.1.356.

échues à l'un des époux entre la demande et la séparation, sur les saisies diverses qui peuvent être faites entre l'action et le jugement ; mais la question des intérêts est soumise à des règles différentes et supérieures ; — Attendu que les intérêts ne sont accordés au créancier qu'à raison du retard (art. 1153), excepté dans les cas où la loi les fait courir de plein droit, et la dot ne produit intérêt de plein droit que contre celui qui l'a constituée (art. 1440 et 1548) ou à compter de la dissolution du mariage par décès (art. 1570) ; — Attendu que toute séparation volontaire étant nulle (art. 1443), le mari poursuivi en séparation de biens, n'ayant pu ni prévenir l'action ni y adhérer, ne peut pas se libérer des reprises de la femme ; il ne peut donc pas être puni des retards de sa libération, par la procédure à laquelle l'action en séparation est légalement soumise ; — Attendu que la séparation ne pouvant pas être volontaire, n'existe réellement que par le jugement qui la prononce ; — Attendu, dès lors, qu'en ne faisant courir les intérêts que du jour du jugement de séparation, la Cour d'appel de Riom a fait une juste application des principes sans violer l'article 1445 du Code civil ; — Rejette, etc. (1) ».

Mais ce n'est pas l'opinion que nous admettons ; la loi est formelle, les effets du jugement de divorce remontent, dans les rapports entre époux, au jour de la demande ; dès lors les intérêts pécuniaires entre époux doivent être liquidés, déterminés au jour de la demande, par conséquent les remplois et récompenses dus par les époux ou par la communauté portent intérêt de plein droit à dater du jour de la demande (art. 1473, C. civ.)

(1) Cass., req., 28 mars 1848. Sirey, 1848.1.357.

ou plus exactement, les intérêts de ces biens ne tombent plus en communauté dès ce jour de la demande et doivent être restitués à l'époux qui peut réclamer ces biens.

Cette deuxième opinion d'ailleurs avait fini par prévaloir en jurisprudence, à l'occasion de la séparation de corps.

Dès 1835, la Cour de Limoges avait décidé qu'aux termes de l'article 1445 du Code civil, le jugement qui prononce la séparation de biens remonte, quant à ses effets, au jour de la demande ; que cette disposition ne distingue pas entre le cas où la séparation de biens est prononcée directement et celui où elle est une conséquence nécessaire de la séparation de corps ; qu'elle n'établit non plus aucune distinction entre le cas où l'action en séparation est introduite par le mari et celui où elle est introduite par la femme. Que conséquemment, dans l'espèce, quoique la séparation de biens ne soit qu'une suite de la séparation de corps et que la séparation de corps ait été prononcée contre la dame Cacatte, celle-ci n'en doit pas moins profiter du bénéfice de la loi, et obtenir la perception des intérêts de sa dot, à compter du jour de la demande en séparation de corps intentée par son mari (1).

La Cour de cassation avait admis le même principe en 1846, mais en y apportant une restriction pour le cas où l'instance avait été interrompue pendant plusieurs années.

« Attendu que l'arrêt attaqué (de la Cour de Paris du 17 février 1843), loin d'avoir méconnu qu'aux termes de l'article 1445 du Code civil les intérêts de la dot de la

(1) Cour de Limoges, 17 juin 1835, Sirey, 1836.2.61.

femme doivent lui être comptés à partir du jour de sa demande en séparation de biens, a formellement consacré ce principe ; — Mais attendu que, dans l'espèce, la femme a renoncé pendant plusieurs années à cette demande en séparation et même a souscrit une transaction par laquelle le mari a été assujetti à lui payer une pension qui a été servie pendant le temps de la suspension de l'instance ; — Qu'en jugeant que les intérêts de la dot n'étaient dus que du jour où l'instance a été reprise, l'arrêt a respecté les principes et fait une juste application de l'article 1445, qui suppose une instance suivie et non suspendue par le fait de la femme ; — Rejette(1) ».

La Cour d'Agen, dans un arrêt de 1868, alla plus loin ; elle décida que les intérêts de la dot seraient dus à partir de la demande sans distinction et alors même que l'instance aurait été interrompue plus ou moins longtemps.

Le tribunal civil de Gourdon avait décidé, par jugement du 20 février 1867, que la femme n'avait droit aux intérêts de sa dot et de ses reprises matrimoniales qu'à dater de l'arrêt prononçant la séparation ; il se basait sur ce « qu'en effet les intérêts ne sont dus pour une dette en numéraire qu'en punition de ce que la dette n'est pas payée à son échéance, soit au cas où il y a stipulation d'intérêts, soit au cas où les intérêts courent de par la loi ; que, dans l'espèce de la séparation de biens, le capital de la dette du mari n'est exigible qu'au jour où la séparation est prononcée, par la raison que la loi n'admet pas les séparations volontaires entre époux ;

(1) Cass., req., 4 février 1846. Sirey, 1846.1.554.

que, par conséquent, les intérêts ne sont dus qu'à dater du jour où la séparation forcée est prononcée contre le mari ». Le tribunal constatait en fait que la femme avait laissé son action en suspens pendant plus de cinq années.

La Cour d'Agen, se basant purement et simplement sur l'article 1445, infirma cet arrêt et décida que c'est à partir du jour de la demande que les revenus de la femme cessent d'appartenir au mari (1).

La Cour de Bordeaux a donné le véritable motif qui justifie la restitution, par le mari, des intérêts des reprises de la femme à partir du jour de la demande : « La communauté qui doit subir le prélèvement des reprises de la dame G... est censée avoir été dissoute le jour même où la demande en séparation de corps a été formée ; — d'autre part, c'est à partir de la dissolution que, suivant l'article 1473 du Code civil, les remplois et récompenses dus par la communauté aux époux et les récompenses et indemnités par eux dues à la communauté portent les intérêts de plein droit ; c'est dès lors à bon droit et en conformité des principes sus-énoncés que le notaire liquidateur a donné pour point de départ aux intérêts des reprises mobilières de la dame G..., le 12 janvier 1867, jour de sa demande en séparation de corps ; etc. » (2).

La Cour de Dijon avait aussi admis le même principe par arrêt du 3 décembre 1869 (3) ; enfin la Cour de cassation a définitivement admis cette solution par arrêt du 13 mars 1872 et du 18 juin 1877.

(1) Cour d'Agen, 20 avril 1868. Sirey, 1868.2.130.

(2) Cour de Bordeaux, 28 mai 1873. Sirey, 1873.2.291.

(3) Cour de Dijon, 3 décembre 1869. Sirey, 1870.2.17.

Dans ce dernier arrêt, la Cour s'exprimait ainsi : « Il résulte de l'article 1445 du Code civil, que la communauté est censée dissoute le jour même où l'action a été formée ; que si des intérêts ont été perçus entre cette date et celle de la séparation judiciaire, ils n'ont pu l'être qu'à titre provisoire, à charge de restitution conditionnelle et, par conséquent, le mari en doit compte à sa femme si la condition vient à se réaliser, c'est-à-dire si la séparation est prononcée (1) ».

Toutes ces décisions s'appliquent à la séparation de biens accessoire à la séparation de corps, mais nous avons dit que le législateur de 1886 avait consacré législativement la jurisprudence relative à la séparation de biens accessoire à la séparation de corps, nous sommes donc autorisé à invoquer, pour notre matière, toutes les décisions de la jurisprudence législativement reconnues relatives à notre question.

Le tribunal de la Seine a fait une très juste application de cette règle par jugement du 21 décembre 1888 ; c'est la seule application spéciale au divorce que nous connaissions, et nous la citons d'autant plus volontiers que le tribunal de la Seine a tiré de la règle la conséquence logique en ce qui concerne le taux des intérêts.

Ces intérêts n'ayant pas le caractère d'intérêts moratoires, l'article 1153 ne leur est pas applicable.

Voici le jugement :

« Sur la deuxième contestation du sieur Massac ; attendu que le sieur Massac soutient que c'est à tort que l'état liquidatif le constitue vis-à-vis de la dame Picard débiteur, au taux de 5 0/0, des intérêts des reprises de

(1) Cass., 18 juin 1877. Sirey, 1877.1.406.

celle-ci à partir du jour de l'introduction de la demande en divorce, alors que par suite des saisies-arrêts de son encontre par la dame Picard il a dû déposer à la caisse des dépôts et consignations une somme égale ou même supérieure au montant desdites reprises ; — Attendu en droit que si la femme, alors même qu'elle renonce à la communauté, a le droit de se faire tenir compte par le mari de l'intérêt légal de ses reprises à partir du jour de la demande en divorce ou en séparation, ce droit que lui reconnaît l'article 1473 du Code civil n'a pas pour cause le retard apporté par le mari dans l'exécution de son obligation principale ; qu'en effet, au jour de l'introduction de la demande en divorce ou en séparation, celui-ci n'est pas en demeure de restituer à la femme le montant de ses reprises ; qu'à cette époque il n'est débiteur des reprises qu'éventuellement et qu'il est même incertain si cette éventualité se réalisera ; que l'obligation qui lui incombe de tenir compte à la femme des intérêts de ses reprises à partir du jour de la demande est fondée exclusivement sur ce motif d'équité qu'il ne serait pas juste qu'après la dissolution de la communauté le patrimoine du mari s'enrichit au détriment du patrimoine de la femme ; attendu qu'il suit de là que si par suite d'un fait qui ne saurait être imputé à faute au mari, les reprises de la femme n'ont pas produit d'intérêts ou n'ont produit qu'un intérêt inférieur à l'intérêt légal pendant le temps intermédiaire entre la dissolution de la communauté et la liquidation, le mari ne doit pas compte à la femme de l'intérêt desdites reprises, on ne lui en doit compte que dans la mesure de l'intérêt qu'elles ont réellement produit ;

(1) *Le Droit*, 31 décembre 1888, 1^{er} janvier 1889.

— Attendu en fait... etc. ; — Par ces motifs, etc... (1) ».

C'est l'opinion que nous adoptons.

Les intérêts des biens dotaux et des reprises ne sont pas réclamés par la femme en vertu de l'article 1153, mais en vertu de l'article 1473, qui décide que « les remplois et récompenses dus par la communauté aux époux, et les récompenses et indemnités par eux dues à la communauté, emportent les intérêts de plein droit du jour de la dissolution de la communauté ». Il ne s'agit nullement ici d'intérêts moratoires ; la Cour de Dijon a fort bien dit qu'il était inadmissible de leur donner ce caractère et de prétendre que le mari ne pourrait y être rétroactivement tenu parce qu'il n'aurait pu ni prévenir la demande ni y acquiescer. Il ne peut être question d'intérêts moratoires entre époux que dans l'hypothèse de l'article 1479 (créances d'un époux envers l'autre) ; mais, dans le cas de l'article 1473, il s'agit d'une jouissance qui passe des mains du mari aux mains de la femme au jour de la dissolution de la communauté, et, par suite, si cette dissolution est considérée comme ayant eu lieu rétroactivement, la jouissance doit être considérée comme rétroactivement enlevée au mari qui doit restituer les revenus perçus. Dans ces conditions le mari restitue les revenus perçus au taux réel de leur placement et il serait inique de l'obliger de tenir compte de ces revenus au taux légal.

Quant aux acquisitions faites pendant l'instance, voici ce que disait Pothier :

« La communauté étant dissoute par la séparation de biens, il n'est pas douteux que tout ce que chacun des

(1) Tribunal civil de la Seine (4^e chambre) 21 décembre 1888. — *Le Droit*, 31 décembre 1888, 1^{er} janvier 1889.

conjoints acquiert depuis la séparation, il l'acquiert pour son compte ; mais la sentence de séparation a-t-elle un effet rétroactif, à l'effet d'empêcher de tomber en communauté ce que la femme aurait acquis dans le temps intermédiaire entre la demande et la sentence ? Par exemple, si dans ce temps intermédiaire, une personne est morte, qui a laissé cette femme pour son héritière, la succession mobilière qui a été acquise à cette femme du jour de la mort de cette personne, et par conséquent dans le temps intermédiaire de la demande et de la sentence de séparation, tombera-t-elle dans la communauté » (1) ?

Les acquisitions mobilières de l'un ou de l'autre époux n'entrent plus en communauté à dater de la demande (2).

C'est ainsi que la Cour de cassation a jugé par arrêt du 20 mars 1855 qu'une créance constituée au profit du mari postérieurement à la demande ne devait pas être comprise dans la communauté (3).

De même les successions mobilières échues à la femme à partir de l'introduction de sa demande lui demeurent propres (4).

b) Passif de la communauté.

M. Baudry-Lacantinerie nous signale, comme effet de la rétroactivité, que « la pension alimentaire payée par le mari à la femme pendant l'instance en divorce, ne doit pas rester à la charge de la communauté, mais bien à la

(1) Pothier, *Traité de la communauté*, part. III, chap. I, art. II, § III, n° 521.

(2) Baudry-Lacantinerie, I, p. 434.

(3) Cass., 20 mars 1855. Sirey, 1855.1.407.

(4) Aubry et Rau, *op. cit.*, t. V, p. 401, § 516, 5°.

charge personnelle de la femme. Il y aura lieu d'en déduire le montant sur les fruits et intérêts des reprises de la femme qui lui sont dus à compter de la demande. C'est une simple avance qui a été faite à la femme sur son revenu (1) ».

Les dettes des successions mobilières échues à la femme ne tomberont pas en communauté. Il faut en effet appliquer à ces successions la règle : *Là où va l'actif, là va le passif*. L'actif de ces successions ne tombant pas en communauté, le passif ne doit pas être supporté par elle.

C.— Administration de la communauté.

Il est nécessaire évidemment que les biens soient administrés pendant le procès. Par conséquent, ainsi que le dit M. Colmet de Santerre : « les actes d'administration faits par le mari resteraient valables parce que la rétroactivité du jugement, qui est un effet de droit, ne peut pas empêcher qu'en fait il ait fallu administrer pendant le procès en séparation ; c'est l'intérêt des deux époux ; or l'administration des biens communs ne peut être déplacée et passer des mains du mari en celles de la femme. De même, quant aux propres de la femme, l'administration ne peut en revenir à la femme qu'en vertu du jugement (2) ».

La loi de 1886 d'ailleurs, ainsi que la précédente, donne deux moyens d'éviter les conséquences d'une mauvaise administration.

1^o Elle permet de prendre mesures conservatoires (art. 242).

(1) Cass., 7 janvier 1890, D. 1891.1.256.

(2) Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. VI, 94 bis, II, p. 240.

2° Elle permet à la femme de faire annuler les actes faits par le mari en fraude de ses droits (art. 243).

En effet :

Aux termes de l'article 242 modifié par la loi du 18 avril 1886 : « l'un ou l'autre des époux peut, dès la première ordonnance et sur l'autorisation du juge, donnée à la charge d'en référer, prendre pour la garantie de ses droits des mesures conservatoires, notamment requérir l'apposition des scellés sur les biens de la communauté. — Le même droit appartient à la femme, même non commune, pour la conservation de ceux de ses biens dont le mari a l'administration ou la jouissance. — Les scellés sont levés à la requête de la partie la plus diligente, les objets et valeurs sont inventoriés et prisés, l'époux qui est en possession en est constitué gardien judiciaire, à moins qu'il n'en soit décidé autrement ».

Aux termes de l'article 243 du Code civil modifié par la loi du 18 avril 1886 : « Toute obligation contractée par le mari à la charge de la communauté, toute altération par lui faite des immeubles qui en dépendent, postérieurement à la date de l'ordonnance dont il est fait mention en l'article 235 sera déclarée nulle, s'il est prouvé d'ailleurs qu'elle a été faite ou contractée en fraude des droits de la femme ». Cet article 243 est la reproduction exacte de l'ancien article 271 du Code civil.

L'existence de ces deux dispositions destinées à sauvegarder les droits de la femme semble bien indiquer la volonté chez le législateur de laisser au mari, pendant toute la durée de l'instance en divorce, l'administration des biens de la communauté ; néanmoins une controverse s'est élevée sur la question (1).

(1) Voir Sirey, 1886.2.161 et la note 3.

D'après un premier système, le mari, malgré l'instance en séparation de corps ou en divorce, reste l'administrateur des biens de la communauté. Aucune disposition de loi ne dessaisit le mari de sa qualité d'administrateur, et les tribunaux ne peuvent ajouter à la loi en restreignant ses pouvoirs d'une manière arbitraire. L'apposition des scellés est une mesure conservatoire, conservatoire seulement ; l'article 242 qui l'autorise est une disposition restrictive, elle déroge donc aux pouvoirs que le mari a comme chef de la communauté ; or toute dérogation au droit commun est de stricte interprétation, dit M. Laurent. On peut remarquer en outre que l'article 1961 du Code civil énumère limitativement les cas dans lesquels il y a lieu à séquestre, et la loi ne mentionne pas l'hypothèse d'une instance en divorce ou en séparation de corps.

Dans une autre opinion, on soutient au contraire que les tribunaux ont le droit de nommer un séquestre chargé d'administrer les biens de la communauté pendant l'instance en divorce et en séparation de corps. L'article 242 (ancien art. 270) a pour but d'imposer au mari l'obligation de représenter les choses inventoriées en nature et constitue par suite une dérogation à l'article 1428, dérogation aggravée encore par la faculté donnée à la femme par l'article 243 (ancien art. 271) de faire annuler les actes faits par le mari en fraude des droits de la femme. Quant à l'argument tiré de l'article 1961, il n'est pas péremptoire : « Il n'empêche pas qu'un séquestre puisse être nommé dans le cas qui nous occupe. Il porte, en effet, que les tribunaux peuvent ordonner le séquestre d'un immeuble ou d'une chose immobilière dont la propriété ou la possession est litigieuse entre deux ou plu-

sieurs personnes ; l'espèce que nous discutons ne rentre-t-elle pas dans les termes élastiques de cet article ? La femme n'a-t-elle pas un droit éventuel sur les biens de la communauté (1) » ? La généralité des termes de l'article 1961, ainsi que le fait remarquer M. Demolombe, paraît pouvoir s'appliquer à notre hypothèse. Enfin on invoque la disposition de l'article 869 du Code de procédure, qui autorise, en termes très généraux, les *actes conservatoires* au cours de l'instance en séparation de biens : « Il est vrai que la demande en séparation de biens étant fondée sur le désordre des affaires du mari, on a, dans ce cas, un motif de plus de recourir aux actes conservatoires. Mais ces actes sont aussi dirigés contre les dilapidations et les fraudes que la cupidité ou le ressentiment peut inspirer au mari ; or ces fraudes et dilapidations sont, certes, autant et même plus à craindre de la part du mari contre lequel la séparation est demandée. Et d'ailleurs est-ce que l'article 869 n'est pas l'application d'une règle de droit commun (art. 1180), et avant tout, d'une règle de prudence, de justice, de nécessité ? Est-il possible qu'en présence d'un danger imminent, la loi refuse d'écouter celui qui demande l'emploi d'une mesure purement conservatoire (2) ».

C'est la première opinion cependant qui a prévalu en jurisprudence ; la Cour de Paris, par arrêt du 2 mars 1886, avait infirmé une ordonnance de référé du président du tribunal de la Seine qui avait ordonné que « les valeurs trouvées sous scellés seraient remises au notaire le plus ancien, lequel en ferait l'encaissement à l'é-

(1) Massol, *De la séparation de corps*, p. 248.

(2) Demolombe, *Traité du mariage et de la séparation de corps*, t. 2, n. 465, p. 575.

chéance, et en remettrait les revenus au mari » ; la Cour de Paris reconnaissait « que le mari ne saurait être dessaisi de l'administration des biens de la communauté ; qu'aucune loi n'autorise à prononcer contre lui, par cela seul que sa femme requiert l'apposition des scellés et l'inventaire en vertu de l'article précité, cette sorte de déchéance, qui est essentiellement contraire aux principes juridiques sur lesquels l'autorité maritale repose (1) ».

Depuis cet arrêt, la loi de 1886 a un peu modifié la disposition de l'article 270 qui est devenu le nouvel article 242. Voici ce que porte l'exposé des motifs à ce sujet : « L'article 9 (lisons 242) est tiré de l'article 270 actuel, et indique quelles mesures conservatoires peuvent être prises quant aux biens. Mais l'article 270 était incomplet ; il ne permettait pas à la femme non commune de faire apposer les scellés sur les biens qui lui appartiennent, et dont le mari a l'administration ou la jouissance ; le paragraphe 2 de l'article 3 vient combler cette lacune. Le paragraphe 3 reproduit le dernier paragraphe de l'article 270 avec une légère différence, l'époux qui a en sa possession les objets mis sous scellés, n'en est pas le gardien nécessaire, le tribunal peut en désigner un autre ».

Se basant sur cette innovation, le tribunal de la Seine avait, par jugement du 27 juin 1888, nommé un administrateur judiciaire de la communauté légale de biens entre deux époux en instance de divorce, et lui avait « donné à cet effet, tous pouvoirs nécessaires pour gérer et administrer ladite communauté jusqu'à ce qu'il

(1) Cour de Paris, 2 mars 1886. Sirey, 1886.2.163.

ait été statué sur la demande principale en divorce et, le cas échéant, jusqu'à l'issue de la liquidation ».

La Cour de Paris, par arrêt du 17 janvier 1889, a infirmé cette décision, et la Cour de cassation, sur rapport de M. Féraud-Giraud, a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Paris.

« Est-il possible de conclure (de l'art. 242), disait M. Féraud-Giraud, que, pour garantir la bonne administration du mari, il sera permis de le destituer complètement de toutes les parties de l'administration ? Le droit de prescrire des mesures conservatoires pour assurer la bonne gestion d'objets susceptibles d'être prisés et inventoriés dépendant de son administration, peut-il consister à supprimer entièrement cette administration, et n'implique-t-il pas, au contraire, le maintien préalable d'une administration qu'il n'est permis que de limiter, surveiller, réglementer ? Mais, si on avait voulu aller jusque-là, en l'état des débats existants, c'était bien le cas de le dire ; et le texte comme les motifs prouvent que cela n'a pas été dit et qu'on n'a pas voulu le dire ». Plus loin M. Féraud-Giraud ajoute : « En consacrant de nouveau l'article 243, on a indiqué formellement qu'on ne voulait pas d'une suspicion pouvant mettre le mari dans l'embarras pour la gestion de la communauté ; on a voulu, quoiqu'il en fût, qu'il restât libre et dans le droit commun. Serait-ce se conformer à la volonté du législateur que de le mettre complètement hors du droit commun en le frappant d'interdiction » ?

Sur ce rapport la Cour de cassation a rejeté le pourvoi : « Attendu que si, d'après le nouvel article 242, Code civil, dans le cours d'une instance en divorce, la femme peut, sur l'autorisation du juge, prendre des mesures

conservatoires pour la garantie de ses droits, il résulte du texte de cet article, ainsi que de l'article suivant, que, quelque étendus que soient les pouvoirs des juges dans le choix de ces mesures, pour prévenir les abus que pourrait commettre le mari dans son administration, ils ne peuvent aller jusqu'à l'en dépouiller complètement, pour en investir un tiers, qui serait ainsi constitué gérant et administrateur de la communauté légale, à l'exclusion du mari ; — Que la Cour de Paris a justement repoussé une demande qui mettant complètement à l'écart le mari dans l'administration de la communauté, lui substituait un tiers étranger (1) ».

C'est à cette opinion que nous nous rallions sans réserves ; l'administration ne peut pas être enlevée au mari pendant l'instance en divorce ; ainsi que le faisait remarquer M. Féraud-Giraud, on ne voit pas du tout un tiers « seigneur et maître de la communauté, constituant l'actif de cette communauté, plaçant à cet effet avec les tiers, avec le mari, maître légal de cette communauté, et au besoin avec sa femme ». Il est déraisonnable d'admettre une pareille hypothèse.

Quant aux biens personnels de la femme, nous croyons qu'en se basant sur l'article 242, les tribunaux pourraient valablement en attribuer, à titre conservatoire, l'administration à la femme.

Enfin nous devons ajouter que le pouvoir d'administration n'est laissé au mari que dans les limites de l'administration ; pendant l'instance en divorce, le mari ne pourrait disposer des biens de la communauté, car le

(1) Cass. req., 26 mars 1889. Sirey, 1890.1.256.

jugement remonte quant à ses effets au jour de la demande (art. 252, § 5) (1).

Par suite, les obligations et aliénations consenties par le mari comme chef de la communauté durant la litispendance sont sans effet par rapport à la femme (2).

Nous ne pourrions admettre d'exception à cette règle que si la femme avait profité des actes du mari ; c'est ainsi que la Cour de cassation a décidé que la femme divorcée ne peut demander le remploi de ses propres aliénés depuis la demande en divorce si elle seule a profité de leur prix (3), et que la Cour de Lyon a validé des emprunts du mari qui avaient profité à la femme (4).

Nous déciderons donc que le mari conserve, pendant l'instance en divorce, l'administration des biens de la communauté ; mais il est évident que : « si la nomination d'un administrateur judiciaire substitué indûment au mari » doit être annulée et si le mari doit « rentrer en possession des valeurs de la communauté », le tribunal (5) peut, « dans la limite de ses pouvoirs, et par application de l'article 242 du Code civil (nouveau texte), prendre les mesures qu'il jugera convenables pour prévenir les abus que le mari pourrait commettre dans l'administration qu'il était autorisé d'exercer », notamment autoriser des saisies-arrêts sur les sommes dues au mari (6). Ces saisies-arrêts ne seraient pas admissibles dans le cas où les garanties dont dispose la femme

(1) Cf. Guillaouard, *Contrat de mariage*, t. 2, n. 742.

(2) Baudry-Lacantinerie, I, p. 434.

(3) Cass. req., 11 juillet 1809, C. N. 3^e vol., 1.82.

(4) Lyon, 16 juillet 1881. Sirey, 1882.2.38.

(5) Dans l'espèce, c'était le juge des référés, Cass., 16 décembre 1889. Sirey, 1890.2.483.

(6) Même arrêt.

seraient suffisantes pour assurer le paiement de ses droits éventuels (1). Mais, si elles étaient valablement faites, un tiers pourrait être constitué gardien judiciaire, dans les termes de l'article 242 Code civil (2).

D. — Liquidation de la communauté.

« La communauté sera rétroactivement dissoute à partir du jour de la demande, dit M. Huc (3). A partir de ce moment, le mari n'aura perçu, en fait, les fruits et revenus des biens de la femme qu'à la charge d'en rendre compte. D'un autre côté, la communauté, à partir de cette date, n'a plus à supporter les charges du mariage, et par conséquent la pension alimentaire accordée à la femme durant l'instance en divorce, et acquittée par le mari, sera sujette à répétition, ou considérée comme une simple avance, imputable sur ce qui reviendra à la femme, d'après la liquidation à intervenir (4).

La communauté doit donc être liquidée d'après l'état de choses existant lors de la demande (5).

La Cour de Paris, puis la Cour de cassation ont eu à s'occuper de la question de savoir à quel moment des valeurs de bourse dépendant de la communauté doivent être estimées.

Était-ce suivant leur prix au jour de la demande en séparation de biens, par application de l'article 1445 du Code civil, ou suivant le cours de la Bourse au jour

(1) Cour de Paris, 2 mars 1886. Sirey, 1886.2.161.

(2) Cour de Paris, 13 avril 1889. Sirey, 1891.2.27, infirmant un jugement du tribunal civil de la Seine du 18 janvier 1889.

(3) Huc, *op. cit.*, n° 392, *in fine*, p. 420 et 421.

(4) Cass., 7 janvier 1890. D. 91.1.256.

(5) Voyez notamment, Cass., 12 mars 1889. Sirey, 1869.1.302 et Paris, 25 août 1863. Sirey, 1864.2.133.

même où la liquidation était opérée chez le notaire ?

Dans l'espèce, le mari n'avait pas signalé l'existence de valeurs dans l'inventaire, puis les avait aliénées au cours de l'instance.

La Cour de Paris, par arrêt du 7 mai 1872, décida que ces valeurs devaient être prisées au cours coté au jour de la liquidation chez le notaire ; la Cour faisait remarquer que s'il est de « *principe que la dissolution de la communauté remonte au jour de la demande*, et que, dès ce jour, les droits des époux sont respectivement fixés ; mais qu'A... n'ayant pas représenté les valeurs dont il s'agit à l'inventaire qui a suivi l'apposition des scellés, et les ayant retenues et aliénées à ses risques et périls, avec des chances réalisées de perte ou de gain, s'est mis dans l'impossibilité de les représenter en nature, que dans cette situation, il ne peut plus être question de l'estimation des valeurs, dont il était en possession au moment de la séparation, comme on ferait d'un corps certain conservant dans ses mains la valeur définitivement arrêtée au jour de la dissolution, mais qu'il s'agit en réalité, au jour actuel, d'une véritable dation en paiement de la somme représentative des valeurs aliénées ou transformées et qui ne sauraient être exactement estimées que selon le cours du jour où cesse l'indivision, prolongée par le fait personnel du chef de la communauté, qu'ainsi c'est bien au chiffre de 99.350 fr., que ces valeurs doivent être évaluées ».

La Cour de cassation rejeta le pourvoi formé contre cet arrêt par les motifs suivants : — « Sur le second moyen, tiré de la violation de l'article 1445 du Code civil ; — Attendu que si les actions ou obligations dépendant de la communauté avaient encore existé en nature

au moment de la liquidation, elles auraient été prises avec leur valeur actuelle et qu'il n'a pas pu dépendre du sieur A..., en les aliénant au cours de l'instance en séparation, d'empirer la condition de sa femme; — ... Rejette (1) ».

Ainsi la communauté sera liquidée d'après l'état où elle se trouvait au jour de la demande c'est-à-dire de l'assignation en divorce; à vrai dire, la Cour de cassation est allée trop loin en décidant que les valeurs devaient être prises au jour du partage, la liquidation en effet n'a pour but que d'établir l'importance des droits d'époux à la date de la dissolution, c'est donc à la date de cette dissolution c'est-à-dire de l'assignation que la prise devait être faite; la Cour de cassation a été surtout décidée dans l'espèce par des considérations de fait (fraude du mari et préjudice qui devait en résulter pour la femme), mais le principe n'en est pas moins nettement fixé. C'est au jour de la demande c'est-à-dire de l'assignation en divorce que la communauté doit être liquidée (2).

E. — Acceptation ou répudiation de la communauté.

Aux termes de l'article 1453: « Après la dissolution de la communauté, la femme ou ses héritiers et ayants cause ont la faculté de l'accepter ou d'y renoncer: toute convention contraire est nulle. »

La femme divorcée a donc la faculté d'accepter ou de répudier à son gré la communauté, et elle a, pour se

(1) Cass. req., 11 février 1873. Sirey, 1873.1.670.

(2) C'est aussi au jour de la demande qu'il faut apprécier le montant de la récompense due par la communauté ou les époux à l'occasion de la plus-value résultant d'impenses utiles; Cour de Bordeaux, 22 janvier 1880 et 23 novembre 1880. Sirey, 1881.2.77.

prononcer, un délai de trois mois et quarante jours après le divorce définitivement prononcé. L'article 1463 décide en effet que « la femme divorcée qui n'a point, dans les trois mois et quarante jours après le divorce définitivement prononcé, accepté la communauté est censée y avoir renoncé, à moins qu'étant encore dans le délai, elle n'en ait obtenu la prorogation en justice, contradictoirement avec le mari, ou lui dûment appelé. »

Ce délai de trois mois et quarante jours part du jour où le divorce est définitivement prononcé ; nous déciderons que ce délai ne court que du jour de la transcription du divorce.

C'est dans ce délai que la femme divorcée devra faire faire inventaire et affirmer sa volonté d'accepter ; sinon, elle sera réputée renonçante.

Tout ceci n'offre pas de difficulté, mais une question plus délicate a été soulevée dans le cas de l'acceptation tacite.

La femme, en formant sa demande de séparation ou de divorce, conclut à la liquidation et au partage de la communauté existante entre elle et son mari ; doit-elle être réputée acceptante ?

L'intérêt pratique de la question est que, si elle n'a pas fait l'inventaire dans les délais, cette acceptation tacite l'obligera à payer la moitié des dettes de la communauté, « l'article 1483 ne faisant aucune distinction, l'inventaire qu'il prescrit est nécessaire, non seulement lorsque la communauté est dissoute par la mort de l'un des conjoints, mais aussi lorsque la dissolution a pour cause le divorce, la séparation de corps ou la séparation de biens » (1).

(1) Mérignhac père et fils, *Traité de la communauté conjugale*, n° 2287.

En présence de cette conséquence, la jurisprudence a bien adopté l'affirmative, mais avec un tempérament d'équité.

La Cour de Grenoble a décidé que les conclusions, prises par la femme, au cours d'une instance en divorce et tendant à ce que le tribunal ordonne la liquidation de la communauté existant entre elle et son mari, peuvent être considérées comme une manifestation implicite de l'intention d'accepter la communauté ; mais, pour que cette intention soit considérée comme définitive, il faut que, des actes ultérieurs de la femme, on puisse induire qu'elle a persisté dans son intention (1).

Voici l'arrêt :

« LA COUR (2) ; — Attendu que la dame Cordier, dans des conclusions prises devant le tribunal, le 27 mars 1885, lors de la demande qu'elle avait formée pour l'instance en séparation de corps par elle engagée, le 18 août 1884, puis convertie en instance en divorce, a seulement demandé qu'après qu'il aurait été procédé aux enquêtes, la liquidation de ses reprises fût ultérieurement ordonnée ; que, dans des conclusions postérieures, et en date du 17 juillet 1885, également prises devant le tribunal, la dame Cordier a demandé que son action en divorce fût admise, et que la liquidation de la communauté ayant existé entre elle et son mari fût ordonnée ; qu'enfin, devant la Cour, ladite dame, dont l'action avait été rejetée par le jugement du 18 juillet 1885, s'est bornée à demander que le divorce, avec toutes ses conséquences

Sirey alphabétique, v° *Communauté conjugale*. Ils citent à ce sujet l'opinion conforme de Laurent, Baudry-Lacantinerie, Guillouard.

(1) Cour de Grenoble, 30 mai 1893, Sirey, 1895.2.127.

(2) C. de Grenoble, 30 mai 1893. Sirey, 1895.2.127.

légales, fût prononcé à son profit ; qu'il a été fait droit à sa demande sur ce point ; — Attendu qu'en demandant ainsi, en dehors du délai imparti par l'article 1463 du Code civil, dans des conclusions prises dans l'instance en divorce, la liquidation de la communauté, la dame Cordier a implicitement manifesté à ce moment l'intention d'accepter la communauté ; que cette intention ne saurait toutefois être accueillie comme définitive qu'autant que, des actes ultérieurs de l'appelante, on pourrait induire que celle-ci y a persisté ; mais que, devant la Cour, et alors que sa demande avait été repoussée par le tribunal, la dame Cordier n'a point reproduit ses conclusions à cet égard, et qu'elle s'est bornée à demander le divorce avec ses conséquences légales ; que, depuis l'arrêt qui a fait droit à ses conclusions, pendant le délai imparti par l'article 1463 tout aussi bien que pendant les trois années qui se sont écoulées depuis, l'appelante n'a rien fait qui puisse permettre de penser que son intention implicitement manifestée en 1885 ait été durable ; que cette inaction, l'état obéré de la communauté, qui ne permettait à la dame Cordier de rien recueillir, démontrent que, faute d'intérêt, elle n'a pas persisté dans l'intention qu'elle avait pu tout d'abord avoir, alors qu'elle ne s'était pas suffisamment rendu compte de l'état de cette communauté dont elle demandait la liquidation ; — Attendu que l'article 1463 édicte une présomption en faveur de la femme ; que, dans l'espèce, la dame Cordier ne peut être considérée comme ayant manifesté, soit expressément, soit tacitement, sa volonté d'accepter la communauté ; que la présomption de l'article 1463 lui est applicable, et que, par suite, l'action en annulation de la vente du 13 juillet 1886, consentie

par Patras aux mariés Puysat-Carrat d'un bien dépendant de la communauté, intentée par la dame Cordier, est non recevable, puisque cette appelante, restée étrangère à la communauté, est sans qualité, soit pour réclamer un immeuble qui en faisait partie, soit pour faire procéder à la liquidation et au partage de cette communauté ; — Par ces motifs ; — Dit non recevable l'action de la dame Cordier, etc. ».

La Chambre des requêtes, par arrêt du 14 mars 1855, avait décidé déjà que la femme manifeste clairement l'intention d'accepter la communauté qui avait existé entre elle et son mari quand, soit dans l'instance en séparation, soit postérieurement, après des conclusions tendant à faire fixer la consistance de la communauté, elle a formé saisie-arrêt sur les débiteurs de son mari ou a fait commandement à son mari de lui payer ses reprises, sans préjudice de ses droits dans la communauté (1).

Cette jurisprudence, qui se base surtout sur des considérations de fait, est en somme très équitable et nous adopterons une opinion conforme : la femme, qui a conclu à la liquidation et au partage de la communauté dans une demande en divorce, ne sera réputée acceptante que si elle a manifesté, par des actes ultérieurs, qu'elle persévérerait dans son intention première.

Paiement des reprises.

La communauté étant dissoute et liquidée au jour de la demande de divorce, c'est-à dire du jour de l'assignation, il semble que le mari pourrait valablement se dé-

(1) Cass. req., 14 mars 1855. Sirey, 1855.1,335.

gager pendant l'instance et que la femme pourrait, par transaction ou autrement, régler sa situation pécuniaire avec son mari avant le jugement de divorce ou, tout au moins, aussitôt après ce jugement, mais avant la transcription.

Il n'en est pas ainsi ; nous ne devons pas oublier que le mariage n'est dissous que par la transcription du jugement ou arrêt définitif de divorce ; ce n'est qu'après la transcription que la femme recouvre sa capacité et ce n'est qu'après avoir recouvré sa capacité qu'elle peut valablement reprendre l'administration et la jouissance de ses biens, et surtout libérer son mari de l'obligation qui existe à sa charge de payer à sa femme les remplois et récompenses conformément à la liquidation.

M. Laurent a très bien formulé cette opinion. « Si le jugement qui prononce la séparation rétroagit, c'est par une fiction. Il faut voir quel est l'objet de cette fiction et quelles en sont les limites. Le législateur a voulu garantir les droits de la femme contre les dissipations du mari ; pour cela il suffit que le mari ne puisse plus disposer de la communauté et que la femme ait la faculté de faire des actes conservatoires sur les biens de son mari. Ces garanties elle les a. Il n'est pas nécessaire que les reprises de la femme soient liquidées et payées avant le jugement... Il suit de là que ces paiements ne sont valables que jusqu'à concurrence de ce dont la femme a profité (1) ».

La Cour de Grenoble avait décidé, dès 1847, qu'en cas de séparation de biens, bien que le mari ait remis à sa femme son mobilier en nature, mais avant le jugement

(1) Laurent, *Droit civil*, XXII, n° 334.

de séparation, celle-ci n'en conserve pas moins le droit de répéter contre son mari la valeur de ce mobilier. Les paiements faits à une femme, à compte sur ses reprises, pendant l'instance en séparation de biens, sont nuls : la disposition de l'article 1445 du Code civil, portant que le jugement de séparation de biens remonte quant à ses effets au jour de la demande, n'est pas applicable à ce cas (1).

La Cour de cassation a fait de cette opinion une application pratique en décidant que les paiements ainsi faits ne seraient pas valables, surtout vis-à-vis des tiers : « Attendu que l'article 1445 du Code civil, en disposant que le jugement qui prononce la séparation de biens remonte, quant à ses effets, au jour de la demande, a eu en vue de conserver à la femme les droits qui peuvent lui échoir pendant l'instance en séparation, mais qu'il n'a pas entendu autoriser une exécution préventive et volontaire de la demande en séparation, conférer à la femme demanderesse en séparation une capacité juridique que l'article 1595 restreint à la femme séparée de biens, et l'habiliter à acquérir sur les biens de son mari des droits au préjudice de ses autres créanciers ; — qu'une telle interprétation ouvrirait la voie à tous les moyens de fraude et de collusion que l'article 1595 du Code civil a voulu prévenir et rendrait illusoire les conditions auxquelles le législateur a cru devoir soumettre les demandes en séparation de biens dans l'intérêt des tiers : — qu'il suit de là qu'en décidant que la cession consentie au profit de la demanderesse par son mari, le lendemain de sa demande en séparation de

(1) Cour de Grenoble, 28 août 1847. Sirey, 1848.2.470.

biens, n'avait pu soustraire les meubles qui en font l'objet à l'action des créanciers de ce dernier, l'arrêt attaqué, loin de violer les articles de loi invoqués par le pourvoi, en a fait une juste application ; — Rejeté, etc. (1) ».

F. — Régime sans communauté.

Si les époux sont mariés sous le régime sans communauté, le mari perd l'usufruit qu'il a sur tous les biens de la femme, et il perd cet usufruit à dater de la demande. Le mari sera donc, à partir de cette date, comptable des fruits des biens de la femme ; les économies ne lui appartiendront plus.

G. — Régime de séparation de biens.

Sous le régime de séparation de biens, la femme a l'administration et la jouissance de ses biens, sauf pour elle l'obligation de participer dans une certaine mesure aux charges du ménage.

Le divorce dégagera la femme de cette obligation.

Si la femme séparée contractuellement avait laissé l'administration de ses biens à son mari, cette administration sera retirée des mains du mari et reviendra à la femme.

H. — Régime dotal.

Si les époux étaient mariés sous le régime dotal, le mari, durant l'instance, conservera l'administration des biens dotaux, mais il n'aura plus le droit d'aliéner les créances ou actions dotales mobilières, droit qui est reconnu au mari par une jurisprudence constante (2).

(1) Cass. civ., 1^{er} juillet 1873, Sirey, 1873.1.320.

(2) Cf. Colmet de Santerre, V, n° 378.

La femme sera protégée par l'article 242 qui lui permet de prendre des mesures conservatoires et par l'article 243 qui lui permet de faire annuler les actes faits par le mari en fraude des droits de la femme ; mais le mari ne peut être déchu de l'administration ; aucune disposition de la loi ne le soumettant à cette déchéance.

La Cour de Riom a sanctionné ce principe en infirmant la décision du président du tribunal de Cusset qui avait nommé un notaire séquestre des biens dotaux en remplacement du mari. « Considérant que le sieur Emm. Chopard, marié sous le régime dotal le plus absolu, avec société d'acquêts, a, tant qu'une séparation de biens ne l'en aura pas dépouillé, le droit d'administrer, durant le mariage, les biens dotaux de sa femme et ceux de la communauté (art. 1421 et 1549, C. civ.) ; qu'il est le *dominus dotis*, au moins quant à la perception des revenus de la dot de son épouse ; qu'il n'est, d'ailleurs, justifié d'aucun péril, d'aucun motif de nature à faire maintenir le séquestre nommé, suivant ordonnance rendue le 6 novembre 1890, par le président du tribunal civil de Lyon, mal à propos saisi, et dont l'incompétence a, d'ailleurs, été proclamée par l'arrêt de la Cour de Lyon du 17 mars 1891 ; . . . Considérant au fond, que le président du tribunal de Cusset, statuant, entre autres mesures provisoires, sur la pension alimentaire qu'il convenait d'allouer à ladite dame, a mal à propos maintenu celle qui lui avait été accordée, temporairement, par les précédentes décisions incompétemment rendues ; que la destitution provisoire des pouvoirs du mari, quant à l'administration de la dot de sa femme demanderesse en séparation de corps, est une mesure exorbitante, que rien ne justifie dans l'état des faits de la

cause actuelle ; qu'en conséquence, il y a lieu de faire mainlevée du séquestre dont M^e Laviotte, notaire à Lyon, a été chargé par l'ordonnance du 6 novembre 1890, etc. (1) ».

Mais le mari n'aura plus la jouissance des biens dotaux ou, du moins, il sera comptable des fruits à dater de la demande, c'est ce que la Cour de cassation a formellement décidé en matière de séparation de corps par arrêt de la chambre civile en date du 18 juin 1877 ; la Cour de cassation paraît seulement avoir reconnu au mari le droit de déduire du montant de ces intérêts les sommes versées en acquit de l'impôt établi sur les valeurs dotales (dans l'espèce, la rente italienne), ainsi que les sommes payées pour recouvrement de valeurs dotales (2). Nous appliquerons sans hésiter cette décision au cas de divorce.

Quant à l'inaliénabilité des biens dotaux qui doit certainement cesser après le divorce, nous déciderons qu'elle ne cesse qu'après la transcription ; cette inaliénabilité en effet dérive de l'incapacité de la femme dotale et nous savons que cette incapacité ne cesse qu'au jour de la transcription.

De même les offres de payement ou restitution faites pendant l'instance à la femme seront nulles comme faites à une incapable (3).

Mais la dissolution du régime dotal n'en a pas moins lieu au jour de la demande en divorce, et il en résulte que le mari est débiteur des reprises de la femme dès le jour de la demande. C'est le principe que la Cour de

(1) Cour de Riom, 21 décembre 1891, Sirey, 1892.2.5.

(2) Cass., 18 juin 1877. Sirey, 1877.1.406.

(3) Limoges, 17 juin 1835. Sirey, 1836.2.61.

cassation a consacré par arrêt du 20 juillet 1858 dans une affaire qui avait une importance spéciale parce qu'il s'agissait d'une restitution d'un capital assez faible, mais de quarante années d'intérêts environ dont la Cour de Rouen avait ordonné la restitution.

Le tribunal du Havre, par jugement du 6 mars 1856 confirmé par la Cour de Rouen le 9 août 1856, avait décidé « que le mari copartageant dans une société d'acquêts, saisi comme administrateur de toutes les valeurs de cette société, a un véritable rapport à faire à la femme et aux héritiers de sa femme ; qu'il doit donc les intérêts de ce rapport depuis le jour où le droit au partage a été acquis (art. 856, Cod. Nap.) ; que la somme à réclamer par la femme ou par les héritiers étant incertaine jusqu'à la liquidation, les intérêts en sont par conséquent également incertains ; qu'ils ne peuvent donc être exigés qu'après une fixation préalable, que la prescription quinquennale est donc inapplicable etc. (1) ».

La Cour de cassation (2) a rejeté le pourvoi formé contre cet arrêt de Rouen : « Attendu que l'arrêt attaqué constate, en fait qu'Aubé, après le décès de sa femme, s'est saisi de toutes les valeurs composant la société d'acquêts qui avait existé entre sa femme et lui ; que, dès lors, il devait aux héritiers de sa femme la représentation de toutes les valeurs de la société pour qu'il fût procédé à un partage régulier ; que jusqu'à l'événement du partage, ces valeurs restaient au compte de la société, qui devait profiter des fruits comme elle aurait supporté les pertes s'il en était survenu ». La Cour de cassation ajoute que les règles concernant le partage des suc-

(1) Sirey, 1858.1.749.

(2) Cass., 20 juillet 1858. Sirey, 1858.1.750.

cessions, les formes de ce partage et les obligations qui en résultent s'appliquent aux partages entre associés (art. 1872, Cod. Nap.) et que le cohéritier ou copartageant devait rapporter, lors de la liquidation définitive, les fruits et intérêts produits par les valeurs qu'il détenait.

§ 2. — Rapports entre les époux et les tiers.

Nous avons vu qu'aux termes de l'article 252, § 5, le jugement de divorce dûment transcrit remonte au jour de la demande, mais quant à ses effets entre époux seulement.

M. Labiche a insisté là-dessus dans la discussion : « notre texte ne parle que des effets à l'égard des époux. En ce qui concerne les effets de la séparation de corps ou du divorce à l'égard des tiers, il n'est apporté aucune modification au régime actuel ».

Nous avons vu plus haut que le régime actuel indiqué par M. Labiche n'est autre que la jurisprudence des arrêts de cassation de 1855, 1869 et 1877.

Dans tous les cas, il n'est pas douteux que, du texte et de l'esprit de la loi, nous pouvons tirer cette conséquence que l'effet rétroactif du jugement de divorce ne peut produire aucun effet contre les tiers.

Qui faut-il entendre par tiers ?

Le mot *tiers* n'est pas toujours employé dans la même acception. Lorsque le Code civil dit que les conventions ne nuisent pas aux tiers (art. 1165), il entend parler des tiers *penitus extranei* qu'aucun lien ne rattache aux parties contractantes ; lorsqu'il dit que les contre-let-

tres n'ont point d'effet contre les tiers (art. 1321), il a en vue, au contraire, les ayants cause des parties, du moins à titre particulier (1).

M. Coste donne à ce sujet une formule qui nous paraît exacte et que nous compléterons seulement. « Si l'on veut comprendre quels sont les tiers pour lesquels l'effet rétroactif du divorce n'existe pas, il faut se rappeler pourquoi le jugement de divorce ne rétroagit pas à l'égard des tiers. Nous l'avons déjà dit : c'est parce que, si la rétroactivité du divorce avait lieu à leur égard, les tiers dont les droits seraient accrus ou diminués suivant l'issue incertaine de l'instance, seraient engagés à spéculer sur l'événement du procès, à en escompter à l'avance le gain ou la perte, et auraient la tentation d'intervenir d'une façon plus ou moins ouverte dans les démêlés des époux, alors qu'ils doivent y demeurer indifférents (2).

« A quelles personnes ces raisons sont-elles applicables ?

« A celles-là seules dont les droits sont antérieurs à la demande ou sont nés au plus tard avant que le divorce ne soit devenu définitif par la transcription : celles-là seules seront des tiers (2) ».

Nous ajouterons seulement que ces tiers, qui ne sont en somme que des ayants cause du mari, doivent avoir acquis des droits distincts de ceux de la femme.

Dans notre espèce, ces tiers doivent, en leur nom personnel, être investis de droits réels ou personnels dont l'efficacité serait compromise si les droits de la femme

(1) Bonnier, *Traité des preuves*, 5^e édition, n° 699, p. 583.

(2) Coste, *Point de départ des différents effets du divorce*, 1889, p. 102.

étaient liquidés, en ce qui les concerne, au jour de la demande en divorce.

Une fois les tiers bien déterminés, nous devons rechercher quelles sont les conséquences du jugement de divorce à leur égard.

Nous avons dit qu'à leur égard le jugement ne rétroagissait pas. « Cette prétention (de rétroactivité), en effet, disait le tribunal d'Ambert en 1824, aurait pour résultat l'annulation de tous actes passés entre des tiers de bonne foi et le mari, et l'anéantissement même des jugements passés en force de chose jugée, si les uns et les autres ont été passés et obtenus pendant l'instance en séparation, tandis que, d'un autre côté, il existe une pleine incertitude sur le résultat de cette demande (1) ».

Le tribunal d'Ambert, par ce même jugement du 5 avril 1824, avait décidé que « s'il est vrai que l'article 1445 fait remonter l'effet du jugement de séparation de biens au jour de la demande, ce n'est qu'à l'égard du mari, qui seul mis en cause, seul a pu éprouver l'effet des condamnations prononcées contre lui ; quant aux tiers, le jugement de séparation ne produit effet que du jour de son exécution, jour où, de droit, la femme mise en possession de ses biens en prend l'administration et la jouissance ; — Attendu que jusqu'à l'obtention et exécution du jugement qui adjuge la séparation de biens, il ne saurait y avoir incertitude sur le droit de propriété des intérêts et jouissances des biens dotaux ; que cette propriété est conservée sur la tête du mari, jusqu'à la

(1) Tribunal civil d'Ambert, 5 avril 1824, C. N. 8^e vol., p. 187.

(2) Cour de Riom, 31 janvier 1826, confirmant jugement du tribunal d'Ambert, 5 avril 1824, C. N. 8^e volume, 2.187.

séparation de biens ou dissolution du mariage par la disposition des articles 1540 et 1549 du Code civil ; que, dès lors, jusqu'à l'événement de l'un ou de l'autre de ces cas, ils ne cessent point d'être le gage de ses créanciers ; — Attendu qu'en supposant même que ce principe pût être admis et consacré, la dame Roussel n'en serait pas moins mal fondée dans sa demande, faute par elle d'avoir usé, pendant l'instance en séparation de biens, du bénéfice des dispositions de l'article 869 du Code de procédure, qui l'autorisaient à faire ou réclamer tous actes conservatoires de ses droits ».

La Cour de Riom confirma ce jugement par arrêt du 31 janvier 1826.

De même les saisies-arrêts que des créanciers personnels du mari ont formées sur les revenus dotaux de la femme pendant l'instance en séparation de biens, ont un plein effet au profit des créanciers et au préjudice de la femme (art. 1445 et 1549, C. civ.) (1).

Toute saisie de fruits et revenus des biens propres de la femme faite avant le jugement (nous pouvons dire : avant ou jusqu'à la transcription) est donc valable malgré la séparation ultérieurement prononcée (2).

La Cour de Toulouse avait jugé que, les effets de la séparation de biens légalement exécutée entre deux époux remontant au jour de la demande, l'opposition que ferait le mari avant l'exécution complète du jugement de séparation, à une saisie-brandon qui aurait été pratiquée sur les fruits des immeubles de la femme par les créanciers de celle-ci, deviendrait nulle par l'effet de la complète exécution du jugement de séparation, comme

(1) Riom, 31 janvier 1826, C. N. 8.2.187.

(2) Rouen, 9 août 1839, Sirey, 1840.2.153.

émanant d'une personne sans droit pour la former (1). Il nous paraît plus juridique cependant de décider que cette opposition aurait dû être maintenue, car le mari avait formé cette opposition comme administrateur et son pouvoir d'administration continue jusqu'à la transcription.

Les emprunts contractés de bonne foi par le mari peuvent être exécutés au préjudice de la femme (2).

La Cour de Limoges, statuant sur renvoi après cassation, décidait formellement que les tiers peuvent toujours poursuivre la communauté en payement des dettes contractées par le mari jusqu'à la dissolution du mariage (3).

La communauté est tenue aussi des dettes constatées par des billets souscrits par le mari depuis la dissolution de la communauté, dont la cause indiquée remonte à une époque antérieure à cette dissolution, tant qu'il n'est pas établi, par la femme ou par ses représentants, que ces billets ont une cause postérieure à la dissolution de la communauté (4).

Le tribunal de Paris avait décidé cependant que le billet souscrit par le mari, pendant la communauté, et qui se trouve nul pour défaut d'approbation en toutes lettres de la somme, ne peut être opposé à la femme qui a obtenu son divorce, encore que, postérieurement au divorce, le mari ait reconnu la sincérité de la dette. Dans ce cas, la reconnaissance est réputée avoir été faite frau-

(1) Toulouse, 7 mars 1845, Sirey, 1846.2.590.

(2) Paris, 18 juin 1855, Sirey, 1856.2.170.

(3) Limoges, 21 décembre 1869, Sirey, 1870.2.17.

(4) Cass., 13 mars 1854, Sirey, 1854.1.529.

duleusement, pour charger la femme d'une prétendue dette de communauté (1).

La Cour de Besançon a fait une distinction ; en dehors des actes faits avec des tiers de bonne foi et profitant à la femme, les tiers ne peuvent poursuivre l'exécution d'obligations au préjudice des droits de la femme. Mais la Cour de Besançon est allée un peu loin en affirmant que les tiers doivent être réputés connaître la situation sous prétexte que la résistance à une action légitime ne saurait autoriser le mari à engager indéfiniment une communauté brisée en fait et dont la dissolution a été demandée en justice ; ce qui entraînait comme conséquence que les tiers ne peuvent poursuivre l'exécution de toutes les obligations au préjudice des droits de la femme.

La Cour de Besançon a cherché d'abord à établir que la rétroactivité de la sentence ne se rattache pas aux mesures de publicité édictées par le Code civil et complétées plus tard par le Code de procédure ; mais que l'article 1445 a eu pour but de mettre un terme aux controverses de l'ancien droit rappelées par Pothier (*Communauté*, 3^e partie, ch. 1, n° 521), et de proscrire par une nouvelle sanction donnée à la rétroactivité des jugements en cette matière, l'exception qu'on prétendait déjà déduire de l'impossibilité d'un acquiescement du mari à la demande en séparation de biens ; qu'en vertu de ce principe on reconnaissait à la femme le droit de renoncer à la communauté dès le jour même de sa demande, et que certains auteurs lui en faisaient même un devoir. Considérant, disait la Cour, « que la rétroactivité

(1) Paris, 23 frimaire an XIII. Sirey, alphabétique, v° *Communauté conjugale*, n° 914.

de la sentence ne se rattache pas aux mesures de publicité édictées par le Code Napoléon et complétées plus tard par le Code de procédure civile ; que la séparation de biens n'étant que trop souvent le résultat d'un concert entre les époux contre leurs créanciers personnels ou ceux de la communauté, il importait de provoquer par la publicité l'intervention dans l'instance des tiers défendeurs naturels à cette action, et parfois seuls intéressés à la contester ; que, pour la séparation de corps, la nature même du débat, concernant avant tout l'état des personnes, rendait inadmissible l'intervention des tiers, inutile d'ailleurs en raison de la mésintelligence des époux et des précautions prises par la loi ; — Que la distinction proposée aboutirait à livrer la femme, virtuellement demanderesse en dissolution de la communauté par le fait même de son action en séparation de corps, à la merci des manœuvres du mari et de sa résistance arbitrairement prolongée par des involutions de procédure ; que la protection de la loi manquerait à la femme au moment où elle lui est le plus nécessaire ; qu'une demande en séparation de corps constitue d'ailleurs en fait une séparation légalement provisoire et exclusive de la collaboration commune, base de la communauté des biens ; — Que l'article 271, inséré au livre Des personnes, se bornait à réserver à la femme la faculté d'attaquer les actes du mari accomplis en fraude de ses droits depuis la demande en divorce ; mais que cette disposition, qui appliquait à la femme le droit commun seulement, et laissait à sa charge la preuve toujours si difficile de la fraude, n'était, comme l'indique l'intitulé de la section, qu'une mesure provisoire ; que le législateur n'entendait pas limiter à un droit

aussi restreint la protection due à la femme, mais pourvoir plus efficacement à ses intérêts, comme il l'a fait plus tard, au moment où il s'est occupé des causes et des effets de la dissolution de la société conjugale ; — que, sans doute, le mari reste, au cours de l'instance en séparation de corps ou de biens, sinon maître absolu, au moins administrateur en fait de la communauté ; que ses actes accomplis de bonne foi en cette qualité doivent être respectés ; qu'il en est de même de tous ceux qui auraient profité à la femme ; mais que, pour tous les autres actes, les tiers qui traitent personnellement avec lui sans exiger de garanties spéciales sont réputés connaître sa condition et suivre la foi du débiteur ; que sa résistance à une action jugée légitime ne saurait l'autoriser à engager indéfiniment une communauté brisée en fait et dont la dissolution a été demandée en justice (1) ».

Cet arrêt, motivé par des considérations de fait, nous paraît cependant un peu absolu ; au contraire, nous approuvons absolument l'arrêt de la Cour de Paris en date du 27 décembre 1860 qui faisait produire au jugement de séparation un effet rétroactif à l'égard de tous, parce que les tiers qui formulaient des réclamations étaient des tiers complaisants dont la Cour appréciait la mauvaise foi (2).

Ainsi que le fait observer la Cour de Paris : « Il n'y a pas de motifs sérieux pour distinguer entre le cas où la demande en séparation de biens est l'unique objet de l'instance, et celui où elle est la conséquence de la séparation de corps ; en effet, l'intérêt de la femme dans les deux situations, sollicite la même protection et a besoin

(1) Besançon, 15 février 1864. Sirey, 1864.2.234.

(2) Paris, 27 décembre 1860. Sirey, 1861.2.263.

des mêmes garanties puisqu'il serait menacé des mêmes dangers, si le mari, demeurant chef et maître de la communauté, pouvait, dans la prévision du succès de la demande, aggraver la condition de la femme, et, par des engagements trop faciles à simuler, grever cette communauté de charges qui réduiraient dans des proportions plus ou moins considérables, et peut-être au néant, la part d'actif que son conjoint a droit d'y prétendre ; — considérant qu'en vue d'obvier à ces graves inconvénients, la loi a, pour ainsi dire, arrêté l'actif et le passif de la communauté au jour où, par l'exploit introductif d'une instance en séparation, cette communauté est menacée de dissolution ; qu'à partir de ce moment, le mari n'est plus, au regard de sa femme, que le simple administrateur des biens communs, dont il pouvait auparavant disposer en maître absolu ; qu'il ne peut donc désormais, au préjudice de celle-ci, les vendre ni les hypothéquer valablement, contracter des emprunts ou des engagements quelconques ayant pour effet d'en diminuer la consistance ; » La Cour de Paris reconnaissait ensuite qu'en fait les emprunts faits par le mari n'avaient pas de date certaine ou n'en avaient acquis que depuis la demande de séparation, et par suite devaient rester étrangers à la femme ; que ces créances étaient fictives et frauduleuses, le mari, exerçant une profession lucrative et jouissant de quelques revenus, n'était pas en effet dans la nécessité d'emprunter pour les besoins de la communauté ; que d'ailleurs il ne produisait ni livres, ni correspondance, ni documents sérieux prouvant sa dette ; que les tiers complaisants avec lesquels il disait avoir traité manifestaient clairement par leur inaction le véritable caractère des créances en question ; par suite :

« Considérant que cet état de choses dispensait, en droit, la question de savoir si les tiers, en les supposant de bonne foi, peuvent être atteints par les dispositions sagement restrictives de l'article 1445 du Code Napoléon », la Cour homologuait la liquidation (1).

Dans cet arrêt du 27 décembre 1860, la Cour de Paris confirmait un jugement du tribunal civil de la Seine qui soutenait l'effet absolu de l'article 1445, car « l'article 1445 ne fait aucune distinction et on ne concevrait pas l'utilité de sa disposition si elle devait s'arrêter au mari, souvent insolvable, sans pouvoir s'étendre jusqu'aux tiers envers lesquels le mari se serait obligé ou auxquels il aurait transmis les valeurs communes dans un temps où la demande en séparation de biens ne lui permettait plus d'obliger la communauté ou de disposer des biens qui la composent ».

Ainsi donc tous les actes passés par le mari avant et pendant l'instance, tous les jugements obtenus contre lui avant et pendant l'instance jusqu'à la transcription sont opposables à la femme.

Celle-ci n'est pas cependant sans défense vis-à-vis de son mari; nous avons vu plus haut qu'elle pouvait prendre des mesures conservatoires (art. 242); nous avons signalé aussi qu'en dehors des principes généraux (art. 1167) en vertu desquels elle peut demander la révocation des actes frauduleux accomplis par le mari avant l'ordonnance du président mentionnée par l'article 235 elle peut, après cette ordonnance, critiquer les actes passés par son mari en fraude de ses droits après cette ordonnance.

(1) Cour de Paris, 27 décembre 1860. Sirey, 1861.2.263.

Bien entendu, elle a en outre le droit de demander la nullité des actes que son mari aurait passés et qui excéderaient les limites de son pouvoir.

Aux termes de l'article 271 (243 actuel) : « Toute obligation contractée par le mari à la charge de la communauté, toute aliénation par lui faite des immeubles qui en dépendent, postérieurement à la date de l'ordonnance dont il est fait mention en l'article 238 (235 actuel) sera déclarée nulle, s'il est prouvé d'ailleurs qu'elle ait été faite ou contractée en fraude des droits de la femme ».

Il est vrai qu'on avait essayé de soutenir qu'en dehors de l'article 271 la femme n'avait aucun droit à attaquer les actes faits par son mari pendant la communauté avant l'ordonnance du président, sous prétexte : 1° que la femme n'avait aucun droit sur les biens de la communauté tant que durait cette communauté ; 2° que, l'article 271 permettant à la femme de faire annuler les actes frauduleux de son mari postérieurs à l'ordonnance du président, il en résultait *a contrario* que tous les actes même frauduleux qui seraient antérieurs à cette ordonnance ne pourraient plus être annulés.

Mais cette doctrine avait été repoussée par la jurisprudence, notamment par arrêt de la Cour de Colmar en date du 25 février 1857 qui décidait, en s'appuyant sur des motifs très solides : 1° que la femme avait bien qualité pour attaquer les actes qui auraient été faits en fraude des droits qui lui compétaient sur les biens de la communauté (1).

Le pouvoir appartenant au mari commun en biens,

(1) Cour de Colmar, 25 février 1857. Sirey, 1857.2.323.

d'aliéner à titre onéreux, les immeubles dépendant de la communauté ne va pas en effet jusqu'à lui permettre de les aliéner en fraude du droit qui appartient à la femme en sa qualité de commune sur ces mêmes biens, lequel droit, quoique inerte pendant la durée de la communauté, n'en est pas moins actuel, et ne peut être frauduleusement lésé par le mari (Cod. Nap., 1421, 1167). Par suite, la femme a pouvoir et qualité pour demander, après la dissolution de la communauté, la nullité des aliénations qui auraient été ainsi consenties en fraude de son droit par son mari ;... et cela, à quelque époque de la durée de la communauté que ces aliénations aient eu lieu. Et en un tel cas, la femme peut former directement son action en nullité contre l'acquéreur, s'il a participé à la fraude, sans discuter préalablement les biens du mari, lorsque ce dernier est dans un état d'insolvabilité notoire.

2° Que la femme pouvait attaquer tous les actes frauduleux de son mari, en vertu de l'article 1167 s'ils étaient antérieurs à l'ordonnance du président, en vertu de l'article 271 s'ils étaient postérieurs.

Nous avons vu que l'article 271 ne vise dans son texte que les aliénations d'immeubles, mais on admet que cet article 271 s'appliquait aussi aux aliénations de meubles : *Par est ratio*, disent MM. Aubry et Rau.

Au contraire il ne s'appliquait pas : 1° aux donations d'immeubles ; 2° aux donations d'universalité ou de quotité de mobilier ; 3° aux donations de meubles dont le mari se réserve l'usufruit ; 4° aux donations de meubles dépassant la quotité disponible. Dans les deux premiers cas en effet, ces actes sont annulables comme excédant les pouvoirs du mari en vertu de l'article 1422 ; ils ne

sont permis que pour l'établissement des enfants communs et, alors, on ne peut pas supposer que la donation ait un caractère frauduleux ; dans le troisième cas, la donation est toujours nulle, prohibée par l'article 1422 ; enfin dans le quatrième, elle est réductible conformément au droit commun.

Pour tous les autres actes, l'action qui appartient à la femme pour faire annuler les actes du mari offre certaines analogies avec l'action paulienne ; « mais, disent MM. Aubry et Rau, les règles qui régissent cette dernière n'y sont cependant pas indistinctement applicables, comme on paraît généralement le croire. C'est ainsi que dans la matière qui nous occupe, il n'y a pas lieu de tenir compte du caractère onéreux ou gratuit des actes attaqués ». Et ils citent les donations immobilières qui ne sont pas simplement révocables par application de l'article 1167, mais annulables comme excédant les limites des pouvoirs du mari (art. 1422) ; « quant aux donations d'objets mobiliers, au contraire, elles ne peuvent être révoquées à raison du préjudice seul qu'elles ont causé à la femme, puisqu'elles rentrent dans le droit de disposition du mari, de sorte qu'elles ne sont révocables que comme frauduleuses, et qu'autant que les tiers ont été complices de la fraude (1) ».

Cette opinion n'est pas démontrée, nous préférons suivre celle de M. Garsonnet (2) qui nous montre, d'après les travaux préparatoires du Code civil, qu'après l'abandon du projet du Conseil d'État et du contre-projet du tribunal le législateur semble bien avoir fait simplement retour au droit commun. « Le Conseil d'État avait

(1) Aubry et Rau, t. V, § 494, p. 204, n. 21.

(2) Garsonnet, *Traité de procédure*, t. III, § 460, p. 219, n. 14.

proposé de réputer de plein droit frauduleux les actes visés par l'article 271, mais il y a renoncé sur les observations du tribunal qui lui-même avait imaginé de subordonner les actes du mari à l'autorisation de la femme ou du tribunal, mais de n'admettre la femme à demander la nullité des aliénations d'immeubles faites irrégulièrement par le mari qu'autant qu'elle aurait pris au bureau des hypothèques de leur situation une inscription conservatoire de ses droits ». Le projet et le contre-projet ayant été rejetés, l'article 271 doit consacrer les principes généraux en matière de fraude et, dans ce cas, il peut avoir encore cette utilité d'établir entre la femme et les autres créanciers une assimilation dont quelques personnes auraient peut-être douté.

Cette opinion doit d'autant plus être admise que l'article 271 ne vise qu'une seule catégorie d'actes pour la révocation desquels il faudrait suivre deux règles différentes suivant qu'ils auraient été faits avant ou après l'ordonnance du président qui invite les époux à se présenter devant lui. Il ne s'agit en effet que des donations d'effets mobiliers dont la valeur n'excède pas la quotité disponible et dont le mari ne se réserve pas l'usufruit puisque l'article 271 ne s'applique pas aux autres donations, ainsi que nous l'avons dit plus haut, et que, pour les actes à titre onéreux, la femme ne peut les attaquer qu'en prouvant la complicité des tiers avec le mari. Or il est d'abord difficile d'admettre que les créanciers, *qui certant de lucro captando*, soient mieux protégés par l'article 271 contre la femme, *quæ certat de damno vitando* qu'ils ne le sont contre les créanciers dont la situation est identique, mais aussi et surtout « peut-on croire que les donataires échappent à la révocation lors-

qu'ils sont postérieurs à l'ordonnance du président, alors qu'ils la subiraient certainement par application de l'article 1167, s'ils étaient antérieurs à cette époque (1) ».

Il ne nous paraît donc pas douteux qu'avant 1886 l'article 271 consacrait purement et simplement les principes généraux en matière de fraude et que les conditions de la nullité qu'il édictait ne différaient pas de celles de l'action paulienne.

L'article 243 actuel est la reproduction de l'ancien article 271 du Code.

M. de Gavardie a demandé des explications sur le sens à donner à l'expression « en fraude des droits de la femme ». Quelquefois le mot fraude est synonyme du mot préjudice, mais il y a là une équivoque qu'il vaudrait beaucoup mieux faire disparaître, et M. de Gavardie proposait de dire : « au préjudice des droits de la femme », ce qui comprend évidemment le cas de fraude.

M. Labiche, rapporteur, a répondu : « Le mot « en fraude » rend parfaitement l'intention de la Commission. Il peut arriver en effet que de certaines opérations faites de très bonne foi et dans l'intérêt de la communauté, il résulte un préjudice : dans ce cas, il n'y aurait pas lieu d'annuler ces opérations, car, s'il y a préjudice, il n'y a pas fraude ».

Plus loin, dans la discussion, M. Labiche ajoutait : « Suffira-t-il que l'opération faite par le mari soit préjudiciable à la communauté pour qu'elle puisse être annulée ? Non, n'est-ce pas ?... Ce serait cependant la conséquence de l'amendement qu'on nous propose. Il en résulterait que le fait seul d'intenter l'action enlèverait

(1) Garsonnet, t. III, § 460, note 14 *in fine*, p. 220.

(2) Sirey, *Lois annotées*, 1886, p. 54, note 24.

au mari l'exercice de ses droits sur les biens de la communauté. Un simple préjudice causé à la communauté mettrait en question les droits de tiers qui sont absolument de bonne foi. La commission estime qu'il suffit, pour sauvegarder les droits de la femme, de dire que toutes les opérations prévues par notre article 243 pourront être déclarées nulles, quand elles auront eu lieu en fraude des droits de la femme. Le préjudice ne suffit pas à constituer la fraude, il faut l'intention de nuire à la femme et le plus souvent probablement l'intention d'attribuer à ses dépens un bénéfice au mari. L'adoption de la proposition de MM. de Gavardie et Bozérian aurait pour résultat de mettre le mari hors du droit commun et de lui interdire en fait, pendant toute la durée de l'instance, une infinité d'opérations qui sont absolument régulières et légales. La validité ou la nullité des opérations pourrait dépendre des faits postérieurs à l'acte qui a été consenti. En conséquence, la commission vous demande avec instance de maintenir l'expression « en fraude » qui est absolument usuelle en droit, et dont le sens a été bien des fois défini par la jurisprudence.

Après quelques explications dans lesquelles M. Labiche insistait sur ce que la commission avait voulu employer une expression conforme à celle de l'article 1167, M. Delsol interrogea : « Faudra-t-il que les tiers aient été complices de la fraude ? ».

M. le rapporteur : « Cela me paraît nécessaire ».

M. Delsol : « Le doute n'est pas possible ; autrement vous proposeriez un changement au droit commun ».

M. le rapporteur : « Le rôle du rapporteur devient extrêmement difficile, si sur des questions spéciales, dans lesquelles la commission s'en réfère au droit com-

mun, on lui demande d'établir ce droit commun et d'expliquer la jurisprudence générale sur tous les points qui peuvent se rattacher aux dispositions spéciales en discussion. C'est pour s'en référer à ce droit commun que nous avons employé ces mots « en fraude des droits de la femme » dans le même sens où le Code civil emploie l'expression « en fraude des créanciers ». Ces expressions sont en effet interprétées, définies depuis longtemps et par la jurisprudence et par la doctrine. Je me résume : La disposition de notre article 243 veut dire que pour annuler les opérations faites par le mari, il ne suffit pas que les opérations constituent un préjudice pour la communauté, il est de plus nécessaire que ces opérations soient faites en fraude des droits de la femme. La fraude implique la mauvaise foi, la mauvaise intention ; la fraude est du reste définie par la loi et par la jurisprudence, et pour cette définition nous nous en référons au droit commun.

Un sénateur : « Il est nécessaire qu'il y ait faute ».

M. le rapporteur Labiche : « Il faut plus, selon moi, il faut qu'il y ait fraude (1) ».

Sur ces explications, l'amendement de M. de Gavardie fut repoussé.

En résumé donc, le jugement (ou arrêt) de divorce ne produit pas d'effet rétroactif à l'égard des tiers, et ceci veut dire que les tiers, qui ont acquis des intérêts et des droits distincts de ceux de la femme ou plus généralement des deux époux, peuvent invoquer ces droits, soit qu'ils résultent de conventions, soit qu'ils résultent de jugements, non seulement contre le mari, mais aussi

(1) Sénat, séance du 22 décembre 1885, *J. off.* du 23, *déb. parl.*, p. 1355.

contre la communauté, quoiqu'elle soit dissoute entre les époux du jour de la demande en divorce et aussi contre la femme.

Si les droits de la femme sont compromis par la mauvaise foi de son mari, celle-ci a le droit de prendre des mesures conservatoires (art. 242) et de demander l'annulation des actes faits par le mari en fraude de ses droits (art. 243 et 1167).

Peut-être ces garanties seront-elles en fait insuffisantes, mais la loi est formelle (art. 252, § 5 et art. 243).

SECTION III. — CAS DANS LESQUELS L'EFFET RÉTROACTIF
NE SE PRODUIT PAS.

Quels sont les cas dans lesquels l'effet rétroactif ne se produit pas ?

Nous avons déjà indiqué que l'article 252, § 5, n'avait entendu donner un effet rétroactif au jugement de divorce qu'en ce qui concerne exclusivement les relations pécuniaires entre époux.

L'effet rétroactif est donc limité, et quant aux personnes, et quant à l'objet.

Cette solution avait été admise avant 1886 par la jurisprudence en matière de séparation de corps.

« Si la rétroactivité peut être admise en ce qui concerne la séparation de biens, conséquence forcée de la séparation de corps, il n'en saurait être de même pour les obligations morales des époux, et spécialement pour ce qui touche à l'habitation commune et aux devoirs d'assistance et de fidélité mutuelles ; ces obligations et ces devoirs subsistent tout entiers tant que les liens du

mariage n'ont pas été relâchés par la séparation de corps (1) ».

Il en résulte que, malgré l'instance en divorce, les droits et les devoirs respectifs des époux subsistent jusqu'à la transcription.

Cette règle ne subit d'atténuation que dans la proportion fixée par le juge en vertu des pouvoirs qui lui sont attribués par les articles 236 et 238, § 2, du Code civil ; il faut bien remarquer d'ailleurs qu'il ne s'agit là que de mesures toutes provisoires et qui ne sont rendues nécessaires que par la litispendance.

Devoir de fidélité. — Il faut en conclure que l'article 212 du Code civil doit s'appliquer sans restrictions jusqu'au jour de la transcription.

« Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance ».

Nous avons vu en effet que, jusqu'à la transcription, le mari peut intenter une action en adultère contre la femme, même pour faits d'adultère commis après l'ordonnance du président qui fixe à la femme un domicile séparé. La Cour de Limoges, qui, par arrêt du 26 novembre 1887, avait décidé le contraire, a elle-même jugé ainsi par arrêt du 21 mars 1895.

Mais, à l'inverse, aussitôt que la transcription du jugement ou de l'arrêt de divorce a été faite, le divorce est définitif et le mari n'est plus recevable à porter plainte à raison d'un adultère, même antérieurement commis par sa femme (2).

Obligation de secours. — L'obligation de secours im-

(1) Cass. crim., 17 août 1883, Dalloz, 1887.1.47.

(2) Trib. de Grenoble, 14 novembre 1888. Sirey, 1889.2.70.

posée aux époux par l'article 212 cesse d'être due à partir de la transcription du jugement ou arrêt.

Nous allons montrer les conséquences de cette règle en ce qui concerne l'obligation alimentaire qui comprend tout ce qui est nécessaire pour vivre, c'est-à-dire la nourriture, le vêtement et le logement, ainsi que les frais de maladie, et qui par conséquent dérive du devoir de secours (1).

A cet égard nous allons examiner successivement les deux propositions suivantes :

1° L'obligation alimentaire cesse du jour de la dissolution du mariage par la transcription sur les registres de l'état civil.

2° Elle cesse même à l'égard des beaux-parents.

1^{re} *proposition*. — L'obligation alimentaire cesse du jour de la transcription du jugement de divorce sur les registres de l'état civil.

Ceci ne fait de doute pour personne ; on en avait même tiré cette conséquence que la demande d'une pension alimentaire n'est plus admissible après la transcription du jugement de divorce (2).

La Cour de Douai avait même jugé que, si le conjoint demandeur en séparation de corps n'avait point appelé d'un jugement provisoire déterminant le chiffre d'une provision alimentaire que devait payer l'autre époux pendant la durée du procès, il ne pouvait ensuite, sur l'appel du jugement définitif, demander qu'une allocation plus considérable lui fut accordée. De même ce conjoint ne pouvait demander un supplément de provi-

(1) Nous devons remarquer cependant que l'obligation alimentaire n'est due qu'en cas de besoin.

(2) Cour de Riom, 27 janvier 1887, Sirey, 1888.2.245.

sion alors qu'il ne s'était pas pourvu contre la partie du jugement qui lui allouait une provision pour les frais du procès en première instance, même dans le cas où cette somme était devenue insuffisante par suite des devoirs d'enquête et des autres actes de la procédure ; c'est devant les premiers juges que le supplément de provision devait être réclamé (1).

Mais la Cour de cassation a jugé que l'article 301 du Code civil, ne fixe aucun délai pour l'exercice de l'action en pension alimentaire et qu'il n'est pas permis de suppléer dans la loi une déchéance qu'elle n'a pas prononcée ; d'autre part que, lorsqu'elle est introduite après le jugement qui a prononcé le divorce, l'action en pension alimentaire n'étant plus une demande accessoire, mais une demande principale, n'est plus soumise aux règles de procédure spéciale fixées par l'article 310 du Code civil, et rentre dans les règles du droit commun (2).

Il n'est pas douteux d'ailleurs que l'obligation alimentaire ne cesse que sous réserve de conventions contraires. La Cour de cassation a validé, par arrêt du 30 juillet 1889, une transaction passée entre époux et qui démontrait l'intention formelle d'établir une pension viagère en remplacement d'une pension alimentaire proprement dite.

Si le divorce, en rompant les liens du mariage, fait cesser les obligations qui en dérivent, il n'en saurait être de même des engagements légalement pris par les époux pendant le mariage, dans des circonstances par-

(1) Cour de Douai, 19 novembre 1846. Sirey, 1848.2.522.

(2) Cass., 10 mars 1891. Sirey, 1891.1.148.

ticulières, en dehors des obligations légales qui en résultent, et qui, par suite des stipulations qu'ils contiennent et de l'intention des parties, sont destinées à être exécutées même en cas de rupture de l'union conjugale, pendant la vie de l'une d'elles, quelles que soient d'ailleurs les causes qui, originairement, aient donné lieu aux accords intervenus ; — « Attendu qu'il résulte de l'ensemble des constatations de l'arrêt attaqué que l'acte transactionnel du 23 mars 1882, s'il avait pour point de départ la pension alimentaire allouée à la femme par un jugement antérieur, en avait modifié profondément les conditions et le caractère ; qu'il a été dans l'intention commune des parties, sous l'empire des circonstances particulières qui ont amené la transaction, de substituer à la pension proprement dite, réductible ou révocable suivant les changements qui pouvaient se produire dans la situation des parties, une pension viagère fixe et assurée à la femme Wervitch pendant toute la durée de sa vie ; que ce serait violer la loi du contrat que d'admettre qu'une telle obligation a pu s'éteindre par un événement autre que celui qui avait été prévu, voulu et accepté librement par toutes les parties ; que, dans ces circonstances, en décidant que la pension assurée à la dame Wervitch lui serait payée sa vie durant, l'arrêt attaqué n'a violé aucun des articles susvisés ; — Rejette (1) ».

Durant l'instance au contraire et jusqu'à la transcription, l'obligation alimentaire subsiste.

C'est ainsi que le tribunal de la Seine, par jugement du 27 mai 1887 (2), a décidé que la femme divorcée a

(1) Cass. req., 30 juillet 1889, Sirey, 1892.1.391.

(2) *Le Droit*, 22 juin 1887.

droit à pension alimentaire jusqu'à la transcription et que le mari ne peut répéter les sommes payées du jour du jugement au jour de la transcription.

D'après M. le substitut Danion, le tribunal ne pouvait juger autrement pour deux motifs : le premier, c'est que la pension alimentaire par sa nature n'est pas restituable. Tout ce qui est payé est réputé consommé et ne peut être rendu ; le second, c'est qu'il eût fallu ordonner la restitution des sommes versées, non seulement à partir du jugement, mais à partir de la demande, puisque le jugement dûment transcrit remonte, quant à ses effets entre époux, au jour de la demande. C'eût été supprimer la pension alimentaire en matière de divorce. Le législateur ne l'a certainement pas voulu (1).

Mais nous croyons cette opinion un peu trop absolue.

Il y a lieu selon nous dans la liquidation d'établir une compensation entre les deux obligations réciproques : 1° du mari qui doit compte à la femme des intérêts de ses reprises et des revenus de ses propres à partir de la demande en séparation ou en divorce ; 2° de la femme qui doit compte de son côté de la pension alimentaire que le mari lui a servie durant l'instance.

La Cour de Rennes a fait à ce sujet la distinction qui s'impose en cette matière : « Si la liquidation ne produit rien à la femme, celle-ci n'est pas tenue de rapporter ce qu'elle a reçu à titre de provision, puisque, malgré le principe que l'effet de la séparation remonte au jour de la demande, et qu'à partir de cette époque les intérêts des époux sont divisés, il n'en est pas moins vrai que le mari doit des aliments à sa femme, quand elle n'a

(1) *Le Droit*, 31 décembre 1888, 1^{er} janvier 1889.

pas de ressources personnelles ; au contraire le mari, qui ne doit pas d'aliments si sa femme n'en a besoin, est fondé à déduire sur ce qui revient à celle-ci dans la liquidation de la communauté, ce qu'il lui a compté à titre de provision alimentaire, provision qui, dans cecas, ne constitue qu'une simple avance (1) ».

Suivant les circonstances, la provision fournie à la femme par le mari aura un caractère provisoire ou alimentaire.

Le tribunal civil de la Seine a rendu dans le même sens le 21 décembre 1887 le jugement suivant (2) :

« Sur la contestation élevée par la dame Picard : Attendu, en droit, que si, aux termes de l'article 252 du Code civil, le jugement de divorce dûment transcrit remonte, quant à ses effets entre époux, au jour de la demande, *cette disposition légale est sans application à l'obligation alimentaire* dont, aux termes de l'article 212 du même Code, chacun des époux est tenu vis-à-vis de son conjoint ; que cette obligation, conséquence nécessaire du mariage, dure autant que celui-ci et ne prend fin qu'au moment de la transcription du jugement de divorce ; — Attendu d'autre part que la pension qu'un époux est en droit d'exiger de son conjoint, en vertu de l'obligation légale dont s'agit *doit se mesurer à la fois sur les besoins de celui qui la réclame et sur les facultés de celui à qui elle est demandée* ; — Attendu que la conséquence de ces principes est qu'il est inexact de prétendre que cette pension n'est jamais accordée à la femme qu'à titre d'avance ou d'acompte sur le montant des reprises qu'elle pourra avoir à exercer contre son

(1) Rennes, 21 juin 1841. Sirey, 1841.2.508.

(2) *Le Droit*, 31 décembre 1888, 1^{er} janvier 1889.

mari ; — Attendu que le caractère de cette pension est nécessairement variable et dépend des résultats de la liquidation à intervenir entre les époux ; qu'au moment où elle est allouée, le tribunal n'a pas les éléments d'appréciation nécessaires pour savoir si la situation de fortune respective des époux est telle qu'elle donne à la femme le droit d'exiger des aliments au sens propre du mot ; qu'il suit de là qu'à l'origine la pension allouée à la femme, pour lui permettre de vivre pendant l'instance, n'est en principe que purement provisoire ; que les sommes qui lui sont versées à ce titre par le mari ne sont en l'état que des avances dont il devra être tenu compte à celui-ci lors de la liquidation ; mais que cette liquidation étant faite, il appartient au tribunal de déterminer rétroactivement le véritable caractère alimentaire ou provisionnel de la pension par lui précédemment allouée et de décider, eu égard aux facilités respectives des parties, que les sommes qui ont été versées par le mari à titre de pension sont, en tout ou en partie, définitivement acquises à la femme comme lui ayant été payées en exécution de l'obligation alimentaire édictée par l'article 212 (1). (En fait le tribunal décida que les 3,800 francs versés à la femme Picard, à titre de pension, devaient être considérés jusqu'à concurrence de 1,900 fr. comme ayant un caractère alimentaire.)

Il ne faut pas perdre de vue d'autre part que les époux divorcés sont tenus, en vertu de l'article 303 du Code civil, de contribuer aux charges d'entretien et d'éducation des enfants, à proportion de leurs facultés. Il suit de là que, lorsque durant l'instance en divorce ou en

(1) *Le Droit*, 31 décembre 1888, 1^{er} janvier 1889.

séparation, le mari a versé à la femme une pension alimentaire à la fois pour les besoins de la femme et de l'enfant dont la mère avait la garde, d'une part, la femme ne doit pas restituer la partie de la pension alimentaire correspondant à la part contributive du mari pour l'entretien de l'enfant, et, d'autre part, compensation doit être faite jusqu'à due concurrence entre ce qu'elle doit restituer comme avances à elle faites pour son entretien particulier, désormais à sa charge exclusive, et ce que son mari doit lui restituer lui-même pour les intérêts et revenus de ses reprises et de ses propres perçus par lui pendant l'instance. Il y a là un compte de liquidation à faire, et il appartient aux juges du fait de la dresser souverainement. C'est à eux qu'il appartient d'estimer le chiffre de la contribution du mari à l'entretien de l'enfant pendant l'instance, et de déclarer s'il y a ou non compensation totale ou partielle jusqu'à due concurrence entre les restitutions de fruits et d'intérêts dues par le mari à la femme, et la partie de la pension alimentaire qui a constitué, pour la femme, une avance dont elle doit compte (1).

La Cour de cassation a décidé qu'il incombait au mari de justifier les dépenses dont il demande remboursement; s'il est de règle que c'est à la femme ou à ses héritiers à rapporter la preuve des faits établissant la réalisation d'un profit personnel retiré par le mari des sommes par lui prises dans l'actif de la communauté, pour laquelle il lui est réclamé récompense, c'est au contraire au mari qu'il appartient de justifier le chiffre même des dépenses qu'il prétend avoir effectuées, au

(1) Sirey, 1893.1.406, note 2.

cours de la communauté, et qu'il fait figurer dans son compte d'administration ; mais la Cour reconnaissait d'autre part que les juges du fait appréciaient souverainement le compte de liquidation : « Attendu, d'une part, que cette appréciation des éléments du compte de liquidation est souveraine ; que, d'autre part, elle est juridique, puisqu'elle compense jusqu'à due concurrence les intérêts des reprises dues par le mari à la femme, depuis le jour de la demande, avec la partie de la pension alimentaire afférente aux besoins de la femme (déduction faite de celle afférente aux besoins de l'enfant), et de laquelle seulement la femme doit compte depuis la même époque ; que ce motif est suffisant pour justifier la décision, de l'arrêt et qu'il importe peu qu'elle s'appuie, en outre, sur ce motif, erroné en droit, mais surabondant, que la pension alimentaire reste, malgré le divorce, une charge de la communauté et n'est pas sujette à répétition (1) ».

2^e proposition. — L'obligation alimentaire cesse même à l'égard des beaux-parents.

Cette proposition n'a pas soulevé de difficultés bien grandes pour le cas où il n'y a pas d'enfants issus du mariage ; dans ce cas, il est généralement admis que l'obligation alimentaire ne subsiste pas.

Mais, quand il y a des enfants, ceux-ci sont dans tous les cas tenus de l'obligation alimentaire ; par suite ne peut-on pas dire que leur auteur en est tenu avec eux d'après l'article 206 du Code civil ?

Deux opinions ont été formulées.

D'après une première opinion, le divorce n'éteint pas

(1) Cass., 7 janvier 1890, Sirey, 1893.1.408.

l'affinité résultant du mariage et, par suite, laisse subsister tous les effets qui ne sont pas incompatibles avec les effets de divorce.

Dans une deuxième opinion, le divorce détruit tout lien d'alliance, par conséquent éteint toute obligation dérivant des liens d'alliance, soit entre les époux, soit entre les époux et les parents de chacun d'eux.

Le tribunal de la Seine avait décidé que le divorce, pas plus que le décès, ne détruit entièrement le lien qui résulte de l'alliance ; — que l'article 206 du Code civil, oblige les gendres envers leurs beaux-parents, même après le décès, et conséquemment, à plus forte raison, même après le divorce, tant qu'il existe des enfants du mariage (1).

La Cour de Paris confirma cette décision : « Adoptant les motifs des premiers juges ; — Considérant, en outre, que, s'il peut paraître étrange qu'un époux divorcé soit affranchi de l'obligation de fournir des aliments à son conjoint, tout en restant dans les liens d'une pareille obligation à l'égard des père et mère de ce dernier, cela tient uniquement à ce que le conjoint contre lequel le divorce a été prononcé et auquel seul une pension alimentaire ne peut être allouée, aux termes de l'article 301 du Code civil, est considéré par le législateur comme en étant indigne, alors qu'aucune indignité n'a pu être encourue par ses père et mère (2) ».

M. Labbé, dans sa note sur cet arrêt, approuvait cette décision. L'alliance formée par le mariage, disait-il, survit au divorce aussi bien et dans la même mesure

(1) Sirey, 1890.2. 2.

(2) Cour de Paris, 18 juillet 1889. Sirey, 1890.2.3.

qu'au décès de l'un des époux. En réalité, c'est presque la solution clairement écrite dans l'article 206, du Code civil. Il ne faut pas oublier que, lorsque cet article a été rédigé, le divorce était en vigueur en notre législation. Dans le Code de 1804, le divorce est cité à côté du décès ou, pour mieux dire, l'expression plus générale, *dissolution du mariage*, qui embrasse les deux causes, est employée toutes les fois qu'il y a lieu d'étendre une décision du décès au divorce (Voir art. 227 et 228, C. civ.). Nous ne sommes pas autorisés à dire : « Le divorce a été passé sous silence dans l'article 206 ; c'est un oubli, c'est une omission non réfléchie. Nous ne pouvons, par voie de raisonnement, suppléer ou sous-entendre ce mot ». Au contraire, nous ferons correctement reposer sur la lecture de l'article 206 la déduction suivante : « Cet article énumère les causes qui font cesser l'obligation alimentaire entre alliés. Parmi ces causes, le divorce ne figure pas. Donc le divorce ne met pas fin, plus que le décès, à l'obligation alimentaire fondée sur l'affinité.

M. Labbé cite, à l'appui de son opinion, l'article 378, du Code de procédure qui s'occupe de la récusation d'un juge pour cause d'alliance ; cet article fait durer cet effet de l'alliance tout aussi bien quand le mariage a été dissous par le divorce que lorsqu'il est dissous par le décès, sous la même condition, à savoir qu'il existe des enfants du mariage dissous.

« L'article 206 du Code civil, éclairé par l'article 378, du Code de procédure, prouve que, dans la pensée des auteurs des codes impériaux, l'affinité subsistait après la dissolution du mariage par le divorce ou par le décès, tant qu'il existait un enfant du mariage qui avait produit

l'alliance. Tel est notre principe, conclut M. Labbé ».

Dans le même sens, le tribunal d'Anvers a décidé que le divorce laisse subsister l'obligation alimentaire entre l'un des ex-conjoints et les parents de l'autre époux, s'il existe des enfants du mariage (1).

Cette opinion n'a pas prévalu dans la jurisprudence.

La Cour de Toulouse, par arrêt du 10 mars 1890, avait déjà décidé que l'effet rétroactif du jugement de divorce ne s'appliquait pas dans les rapports des beaux-parents avec les gendres ou belles-filles et qu'un gendre ne pouvait se soustraire à l'acquittement de l'obligation alimentaire envers sa belle-mère sous prétexte qu'il était avec sa femme en instance de divorce. La Cour de Toulouse admettait implicitement que l'obligation alimentaire prenait fin au jour où la sentence de divorce était définitive ; ceci résulte du dispositif de l'arrêt.

Enfin la Cour de cassation, par arrêt du 13 juillet 1891 a formellement décidé que le divorce éteint complètement toute obligation alimentaire.

« LA COUR ; — Sur le premier moyen ; — Vu l'article 206 du Code civil ; — Attendu que ledit article 206 du Code civil inséré au titre du mariage et dans le chapitre relatif aux obligations qui en naissent, n'avait pas à statuer sur les conséquences du divorce au point de vue de la dette alimentaire, tout ce qui concerne le divorce et ses effets devant être réglé dans un titre différent, promulgué à une autre date ; que c'est donc à ce titre spécial qu'il faut se référer pour savoir si l'époux divorcé doit encore les aliments aux père et mère de son ex-conjoint ; qu'on n'y trouve aucun texte qui consacre

(1) Trib. d'Anvers, 31 octobre 1891. Sirey, 1892.4.16.

cette obligation, et que le juge ne saurait, dès lors, la reconnaître sans ajouter arbitrairement à la loi ; — D'où suit qu'en décidant le contraire, la Cour de Paris a fausement appliqué et par suite violé l'article 206, susvisé ; — Casse (1).

Cette opinion a été définitivement consacrée par arrêt de la Cour d'Orléans (2) statuant sur renvoi après l'arrêt de cassation ci-dessus, et enfin par arrêt de la Cour de Paris qui se range à l'opinion de la Cour de cassation (3).

Incapacité de la femme. — De même que les obligations du mariage subsistent jusqu'à la transcription, de même l'incapacité de la femme ne cesse qu'à partir de la transcription du jugement ou arrêt prononçant le divorce.

Nous avons mentionné déjà l'arrêt de la Cour de cassation du 28 avril 1893, la Cour d'Alger a fait application du même principe en 1892 dans une affaire qui présentait ceci de délicat, c'est que les obligations contractées par la femme pouvaient sembler contractées pour les besoins de cette femme.

Voici l'espèce :

M. de La Forest-Divonne avait réclamé à Mme Renézé

(1) Cass., 13 juillet 1891. Sirey, 1892.1.312.

(2) Cour d'Orléans, 23 mars 1892. Sirey, 1892.2.133.

(3) Cour de Paris, 23 décembre 1891. Sirey, 1892.2.43. Aux termes de l'article 301 du Code civil l'époux qui a obtenu le divorce peut cependant obtenir une pension alimentaire, pour assurer sa subsistance. Toutefois cette pension alimentaire ne pourra excéder le tiers des revenus de l'autre époux.

Quand la pension alimentaire a le caractère d'une indemnité conformément à l'article 301, elle subsiste même après le jugement de conversion de la séparation de corps en divorce.

L'hypothèque légale qui garantit cette pension alimentaire prend rang du jour du mariage (voir à ce sujet une note de M. Wahl dans le Sirey, 1895.2.25).

et à M. Doucet solidairement responsables le paiement de 5.500 francs montant de billets souscrits par M. Doucet et avalisés par Mme Renézé le jour de leur création 10 juillet 1888.

Mme Renézé avait repoussé la demande alléguant en fait que les avals étaient le résultat d'abus de blancs-seings commis à son préjudice par M. Doucet et prétendant en droit qu'au moment où ils auraient été avalisés par elle elle n'avait, pas la capacité de s'obliger.

Le Tribunal avait rejeté le moyen de droit et condamné M. Doucet et Mme Renézé à payer.

Sur appel de Mme Renézé, la Cour d'Alger a statué comme suit :

« LA COUR; — Sur l'appel de la dame Renézé au regard du sieur de La Forest-Divonne : — En ce qui touche le moyen pris du défaut de capacité de contracter : — Attendu qu'aux termes de l'article 217 du Code civil, la femme qui se trouve dans les liens de la puissance maritale ne peut s'obliger sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement exprès ; que les dispositions de cet article sont, en effet, générales et absolues ; — Attendu qu'à la date du 10 juillet 1888, date de la souscription des billets dont s'agit et des avals attribués à la dame Renézé, celle-ci n'avait que la qualité de femme judiciairement séparée de biens d'avec le sieur Cardoza, son mari ; que cette séparation avait été prononcée entre les époux par un jugement du tribunal de la Seine du 20 avril 1876 ; qu'une séparation de corps entre les mêmes était intervenue plus tard, suivant un deuxième jugement du même tribunal du 30 avril 1881 ; — Attendu que, postérieurement, sans doute, cette séparation de corps avait été convertie en divorce par un troi-

sième jugement du même tribunal du 12 juin 1888 ; — Mais attendu que ce dernier jugement n'avait pas restitué, au 10 juillet de la même année, à la dame Renézé, la pleine et entière disposition de ses droits ; que ce jugement avait été, en effet, rendu par défaut à sa date, et qu'au 10 juillet suivant, il n'était pas devenu définitif, les formalités exigées par la loi pour lui faire obtenir ce caractère n'ayant pu être encore accomplies à cette dernière époque ; — Attendu, à la vérité, que ce résultat a pu être acquis depuis ; — *Mais attendu qu'il est de jurisprudence que les effets du divorce ne remontent au jour de la demande qu'au regard des époux seulement ;* — Attendu que, de ce qui précède, il suit donc qu'au temps des avals dont le sieur de La Forest-Divonne excipe, la dame Renézé n'avait ni capacité, ni pouvoir de les fournir ;

Attendu que l'article 1449 du Code civil, relève exceptionnellement, il est vrai, la femme séparée de biens de l'incapacité générale portée contre elle par l'article 217 ; — Mais attendu que la disposition de l'article 1449 doit être restreinte aux cas spéciaux que ce texte prévoit ; que la loi, qui permet à la femme séparée de biens de disposer de son mobilier et de l'aliéner, de s'obliger, dès lors, jusqu'à concurrence de la valeur de ce mobilier, limite cette faculté aux actes d'administration ; — Attendu qu'il s'agit de voir, dans l'espèce, si les engagements invoqués contre la dame Renézé ont valablement constitué des actes de cette nature, s'ils ont eu pour but admissible l'administration des biens de cette dernière, et si, en réalité, ils lui ont personnellement profité ; après appréciation des faits, la Cour

concluait enfin : « Attendu que des engagements de cette nature ne sont évidemment pas, par eux-mêmes, des actes d'administration proprement dits ; qu'ils demeurent étrangers à ceux que l'article 1449, précité, prévoit et autorise ; qu'ils ne sauraient, dans l'espèce, être compris au nombre de ces derniers ; qu'il se serait agi, en effet, d'obligations contractées dans l'intérêt et pour l'administration d'une propriété acquise et exploitée par une femme séparée de biens et son concubin, en dehors de toute autorisation ou de tout consentement possible du mari ; — Attendu que les engagements, dont le sieur de La Forest-Divonne se prévaut contre la dame Renézé, demeurent donc sous l'application des règles de l'article 217 du Code civil ; que, par suite, ils doivent être déclarés nuls ; — Par ces motifs, — Déclare nul et de nul effet les engagements attribués à la dame Renézé par le sieur de La Forest-Divonne dans les huit billets sus-mentionnés, etc. »

Mort d'un époux avant que le jugement soit devenu définitif. — Aux termes de l'article 227 du Code civil, le mariage se dissout par le divorce légalement prononcé ; nous savons qu'il faut lire : par le divorce légalement *transcrit*.

La transcription qui, depuis la loi de 1886, a remplacé la comparution des époux devant l'officier de l'état civil, est le couronnement des formalités nécessaires à l'accomplissement du divorce. Il ne devient définitif qu'à partir du moment où elle est opérée ; l'époux qui l'a obtenu ne peut s'en assurer le bénéfice qu'en y faisant procéder dans le délai de deux mois à compter du jour où l'arrêt n'est plus susceptible d'aucun recours (art. 252, C. civ.).

Il en résulte que, si l'un des époux meurt avant que la transcription n'ait été faite, le divorce étant considéré comme nul et non avenue, la qualité d'époux divorcé n'appartient ni à l'un ni à l'autre des époux.

Par suite il y aurait lieu à rectification de l'acte de décès dans lequel l'époux, décédé avant la transcription du divorce sur les registres de l'état civil, a été qualifié d'époux divorcé. C'est ce qu'a décidé très justement la Cour de Grenoble par arrêt du 10 septembre 1887.

Par jugement du 23 août 1887 le tribunal de Bourgoin avait rejeté une demande de M. Deléage tendant à obtenir la rectification de l'acte de décès de Mme Deléage née Viennois portée « épouse divorcée de Deléage » bien qu'elle soit morte avant la transcription du jugement qui avait converti en divorce la séparation de corps d'entre les époux Deléage.

Sur appel par M. Deléage, la Cour a statué ainsi :

« LA COUR ; (1) — Attendu qu'aux termes de l'article 252 du Code civil, le divorce n'est réellement acquis au bénéficiaire que par la transcription sur les registres de l'état civil du jugement qui a admis le divorce ; que, dans l'espèce, non seulement cette transcription n'avait pas eu lieu, mais que le jugement qui avait admis le divorce n'était pas même définitif ; que, dès lors, l'acte de décès de la dame Deléage, née Viennois, ne pouvait indiquer qu'elle était épouse divorcée du sieur Deléage, et que c'est donc à bon droit que celui-ci demande la rectification de l'acte de décès de ladite dame ; — Par ces motifs, — Infirme ; — Statuant à nouveau ; — Ordonne que

(1) Cour de Grenoble, 10 septembre 1887. Sirey, 1888.2.20.

l'acte de décès, en date, sur les registres de l'état civil de la ville de Bourgoïn, du 7 mai 1887, de la dame Viennois (Elisabeth-Françoise), sera rectifié en ce sens que la qualification d' « épouse divorcée » sera remplacée par la suivante : « épouse de Deléage André-Jérôme-Marcellin », etc.

Perte des avantages matrimoniaux. — Il en résulte encore cette conséquence que l'article 299, aux termes duquel l'époux condamné perd tous les avantages que l'autre époux lui avait faits, soit par contrat de mariage, soit depuis le mariage, ne trouve son application que si le divorce est définitif c'est-à-dire s'il a été transcrit.

La Cour de Bruxelles avait jugé que « l'époux contre lequel un divorce est admis pour injures graves, sévices et adultère, par jugement en dernier ressort, perd ses avantages matrimoniaux, encore que le décès survenu de l'autre époux empêche la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil (1) ». Mais les motifs, invoqués par la Cour, qui s'appuient sur une idée de pénalité, montrent bien que cette décision n'est pas légalement ni juridiquement justifiée.

Délai de viduité. — Aux termes de l'article 296 du Code civil, la femme divorcée ne pourra se remarier que dix mois après que le divorce sera devenu définitif. Ce délai de dix mois ne commence à courir que du jour de la transcription. Le tribunal de Versailles avait décidé autrement en 1889, et le parquet de la Seine avait donné des instructions en ce sens dans la circulaire du 25 juillet 1887 ; mais la Cour de cassation en a décidé autre-

(1) Bruxelles, 26 avril 1806. Sirey, C. N. 2°. 2.139.

ment et le parquet de la Seine est revenu sur ses instructions premières. MM. Vraye et Gode avaient déjà soutenu que le délai ne commence à courir que du jour de la transcription du jugement ou arrêt de divorce sur les registres de l'état civil (1).

Effet quant au nom. — Depuis la loi du 6 février 1893, chacun des époux (divorcés) reprend l'usage de son nom par l'effet du divorce (art. 299, al. 2). C'est à partir de la transcription seulement que cet effet se produira.

La question peut encore présenter un intérêt au point de vue de la filiation des enfants nés d'époux divorcés.

Filiation des enfants nés d'époux divorcés. — Aux termes de l'article 313, § 2, modifié d'abord par la loi du 6 décembre 1850 puis par la loi du 18 avril 1886 : « En cas de jugement ou même de demande soit de divorce, soit de séparation de corps, le mari peut désavouer l'enfant né trois cents jours après la décision qui a autorisé la femme à avoir un domicile séparé, et moins de cent quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande ou depuis la réconciliation ».

Ceci n'offre pas de difficulté, mais l'article 315 décide que la légitimité de l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage pourra être contestée. Ce délai ne courra que du jour de la transcription (2).

Droit pour la femme d'aliéner son immeuble dotal. — C'est aussi à partir du jour de la transcription que la femme pourra aliéner son immeuble dotal, car il s'agit ici d'une question d'incapacité et nous savons que l'in-

(1) Vraye et Gode, *Le divorce et la séparation de biens*, 2^e édition, t. 2, n. 618.

(2) *Contrà*, Versailles, 14 août 1889.

capacité de la femme ne cesse qu'à dater de la transcription.

Inscription de l'hypothèque légale de la femme. — Enfin le délai d'un an, dans lequel la femme doit faire inscrire son hypothèque légale en vertu de l'article 8 de la loi du 23 mars 1855, court à dater de la transcription du jugement.

La loi de 1855 ne pouvait viser directement le divorce puisqu'il n'existait pas à cette époque ; mais ses prescriptions doivent être, par identité de motifs, appliquées depuis le rétablissement du divorce, à la dissolution du mariage par le divorce.

C'est ce qu'a jugé en 1894 le tribunal civil de la Seine. Voici l'espèce :

Une dame Darriet, épouse divorcée de M. Arrouch, avait fait inscrire son hypothèque légale plus d'un an après la dissolution de son mariage, « alors que M. Arrouch était déjà dans les liens de la faillite ».

Les créanciers opposaient à Mme Arrouch les dispositions de l'article 8 de la loi du 23 mars 1855 combinées avec celles de l'article 2146 du Code civil. Mme Arrouch soutenait « que, la femme divorcée n'étant pas spécialement désignée dans l'article 8 de ladite loi, la forclusion qui résulterait pour elle de son application ne saurait l'atteindre ».

Le tribunal s'est prononcé contre Mme Arrouch :

« Attendu que la loi dont s'agit, au contraire, a entendu soumettre la femme à l'inscription de son hypothèque dans le délai qu'elle détermine, toutes les fois que, le mariage s'étant dissous, la femme se trouve avoir reconquis l'intégrité de sa capacité civile ; que la dissolution du mariage par le divorce est aussi complète et aussi

définitive que celle qui résulte du décès, puisque, aux termes de l'article 259 du Code civil, les époux divorcés qui voudraient se réunir doivent procéder à une nouvelle célébration du mariage; qu'à aucune époque, les lois qui ont déterminé les effets de la dissolution du mariage n'ont fait de distinction entre les deux cas (témoins notamment les articles 227, 296, 1441 et 1463, C. civ.); que, si la femme divorcée ne se trouve désignée spécialement, comme la veuve, dans la loi du 23 mars 1855, c'est uniquement parce qu'à cette époque, le divorce n'existait plus et n'avait pas encore été rétabli; mais que l'énumération faite par l'article 8 de la dite loi est simplement énonciative, et qu'elle n'a jamais été considérée comme pouvant avoir un caractère limitatif; que, c'est ainsi que les héritiers de la femme prédécédée sont regardés, par une jurisprudence unanime, comme tenus des mêmes obligations que les héritiers de la veuve, quoique cette dernière figure seule dans ladite énumération; que, l'incapacité de la femme pendant le mariage étant le seul motif de la dispense d'inscription, il est, en effet, facile de comprendre que, ce motif n'existant plus après la dissolution du mariage, la femme ou ses héritiers doivent être tenus de faire inscrire leur hypothèque dans le délai fixé par la dite loi, quelle que soit la cause de la dissolution; que le tribunal doit, dès lors, attribuer le surplus des sommes en distribution, non à la dame Darriet, mais à la masse des créanciers de la faillite Arrouch; — Par ces motifs, etc. »

MM. Vraye et Gode donnent de la rétroactivité une explication que nous avons critiquée plus haut. « Malgré les termes de l'article 252, les effets du divorce quant à la personne des époux ne se produiront *en fait*, d'une

manière réelle qu'après la transcription... La rupture du lien conjugal rétroagira, par l'effet de la fiction de l'article 252, au jour de la demande ; mais, *en fait*, la rétroactivité ne s'appliquera qu'aux relations d'intérêts des époux entre eux... C'est surtout en ce qui concerne les biens que cet article fait remonter les effets du divorce au jour de la demande (1) ».

De cette formule un peu bizarre, nous pouvons retenir qu'en fait les conséquences de la non-rétroactivité du jugement de divorce sont des plus importantes.

(1) Vraye et Gode, *Le divorce et la séparation de corps*, 2^e édit., 2^e partie, p. 101.

CONCLUSION

Nous avons terminé l'étude des effets du jugement de divorce.

Nous avons vu que le jugement (ou arrêt) qui prononce le divorce ne produit en réalité aucun effet ; c'est la transcription qui en est la condition substantielle de validité, qui rend la décision judiciaire définitive et par suite c'est de la transcription que date la dissolution du mariage.

La transcription constituant une formalité essentielle, il nous a paru indispensable d'en indiquer exactement les conditions de validité ; nous avons ainsi déterminé, à la demande de qui la transcription peut être faite ; quel était l'officier d'état civil compétent pour opérer la transcription ; dans quel délai la transcription doit être faite et à quel moment elle peut l'être ; enfin en quoi cette formalité consiste et si une irrégularité dans les formes pourrait en compromettre la validité.

Après avoir déterminé les conditions de validité de la transcription, nous devions en rechercher les effets et nous les avons successivement étudiés : 1° entre les époux ; 2° dans les rapports entre les époux et les tiers. Nous avons vu que l'effet rétroactif n'était édicté par la loi qu'à l'occasion des rapports entre époux et pour ce qui concerne les intérêts pécuniaires seulement.

Telle est la loi.

Devons-nous l'approuver ?

Une première critique s'applique à la restriction de l'effet rétroactif dans les rapports entre époux seulement.

M. Carpentier critique la rétroactivité qu'il qualifie de regrettable.

« A quoi se ramènera-t-elle, en effet (1) ? à faire tomber les actes que les époux auront pu consentir *entre eux* pendant le procès ? Mais de tels actes n'étaient-ils pas suffisamment protégés par le droit commun pour qu'on dût s'en préoccuper encore ? (art. 1099, 1100, 1595, etc.) Se produiront-ils même en pratique, alors que chacun des conjoints est pour l'autre un objet de suspicion et de défiance ? Il n'y a plus à redouter apparemment, en pareille hypothèse, l'influence prépondérante du mari ? A faire reporter au jour de la demande la liquidation des droits respectifs des époux ? Mais qu'importe, en réalité, si chacun d'eux, dans l'intervalle a conservé les pouvoirs d'administration qu'il tenait de son contrat ou de la loi ? S'il a pu valablement les exercer à l'égard des tiers et si ceux-ci ne peuvent être recherchés ? La satisfaction stérile qui sera donnée à la femme d'antidater en quelque sorte la dissolution de son mariage, empêchera-t-elle par exemple que le mari n'ait mis à profit les lenteurs du procès pour dissimuler une partie de l'actif commun en le faisant mobilier d'immeuble qu'il était ? L'empêchera-t-elle d'avoir perçu et dissipé pendant ce temps les revenus communs ?

Sans doute, ainsi que le fait observer M. Carpentier, le mari deviendra comptable envers la femme. Mais ce sera là une comptabilité fictive, difficile à établir et qui sera loin de réaliser les promesses que pouvaient faire con-

(1) Carpentier, *op. cit.*, II, n° 159, p. 184.

cevoir les paroles de M. Labiche, au Sénat, qui justifiait la rétroactivité en disant qu'elle avait pour but d'enlever aux époux la faculté de modifier, en ce qui les concerne, le patrimoine de la communauté, en avançant ou en retardant suivant certaines combinaisons le moment où la décision du juge sera définitive.

A admettre un effet rétroactif, il eût fallu l'admettre à l'égard de tous ; cet effet rétroactif n'assurera à la femme qu'une protection illusoire tant qu'il se restreindra aux rapports entre elle et son mari, tandis qu'elle ne pourra pas opposer la rétroactivité du jugement de divorce à tous les tiers.

On peut objecter, il est vrai, le défaut de publicité ; mais d'une part la publicité édictée par la loi en matière de séparation de biens n'a probablement été édictée que pour limiter les délais dans lesquels les tiers peuvent intervenir ou former tierce opposition dans la séparation de biens ; d'autre part nous pouvons remarquer que, en matière de divorce, il y a au moins un cas dans lequel la demande est publiée, c'est dans le cas de l'article 247 quand le mari fait défaut, or ici l'effet rétroactif est plus utile qu'ailleurs, car le mari se dérobe dans une intention malicieuse peut-être, et c'est dans ce cas que les délais d'opposition sont les plus longs, et cependant la loi n'admet aucun effet rétroactif à l'égard des tiers.

A nos yeux donc, il serait indispensable de décider que le jugement dûment transcrit rétroagit au jour de la demande, non seulement à l'égard des époux dans les rapports entre eux, mais aussi à l'égard des tiers. La bizarrerie des résultats auxquels on aboutit dans la liquidation en est une preuve péremptoire.

Enfin il y a une autre critique que nous formulerons, contre l'effet trop absolu de la transcription cette fois.

On conçoit qu'avant 1886 le divorce ne pouvait être définitif qu'après la prononciation du divorce par l'officier d'état civil ; mais du moment qu'on attribuait à l'autorité judiciaire le droit de *prononcer* le divorce, il fallait décider que la dissolution du mariage avait lieu à dater du jour du jugement ou de l'arrêt aussitôt que cette sentence avait acquis force de chose jugée.

C'est la commission extraparlamentaire qui a demandé d'accorder aux époux pour opérer la transcription un délai de deux mois à partir du jour où le jugement ou arrêt devenait définitif. Cette commission a été inspirée par l'espoir de voir les époux se réconcilier au moment même où ils se trouvaient sur le point de rendre irrévocable leur séparation ; elle a voulu que le droit de pardon pût survivre au jugement. Mais, si cette pensée est très humaine, il est évident qu'en fait elle ne donnera pas les résultats que l'on espère ou que l'on souhaite ; les délais dans l'instruction ou dans l'exercice des voies de recours sont assez longs pour que les époux aient pu se réconcilier si une réconciliation est encore possible entre eux. Il n'y a donc pas de motif suffisant pour accorder encore, après que le jugement est devenu définitif, un nouveau délai pendant lequel les époux pourront à leur gré valider ou infirmer le jugement.

Nous préférons de beaucoup la disposition du projet de Code civil allemand qui admet, dans son article 1452, que la dissolution du mariage a lieu par le jugement de divorce ayant acquis l'autorité de la chose jugée.

On pourrait nous objecter que les deux critiques que

nous formulons ci-dessus forment la base du système contraire à celui que nous avons adopté, mais nous avons eu soin de bien faire remarquer que le système par nous exposé était celui de la loi ; nous subissons la loi, qu'il nous soit permis de la critiquer !

Vu :

Le Président de la thèse,
GÉRARDIN.

Vu :

Le Doyen,
COLMET DE SANTERRE.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
PRÉAMBULE. — Conditions générales sur le divorce	1
CHAPITRE PREMIER. — De la transcription du jugement de divorce et de la nature de cette formalité	13
§ 1. — Travaux préparatoires. — Exposé des règles légales . . .	13
Législation antérieure à 1886, p. 12. — Décret du 20 septembre 1792, p. 12. — Décret des 20-25 septembre 1892, p. 13. — Discussion du Code civil, p. 15. — Loi du 27 juillet 1884, p. 17. — Loi du 18 avril 1886, p. 18. — Texte des articles 251 et 252, p. 18. — Exposé des motifs, p. 19. — Rapport de M. Labiche, p. 20. — Discussion de M. Labiche, p. 24. — Réponses de M. Brisson et de M. Allou, p. 26. — Opinion de M. Massigli, p. 27.	
§ 2. — Nature de la transcription et spécialement de ses effets sur la dissolution du mariage	28
Nécessité de la transcription pour rendre le divorce définitif, p. 28.	
— Controverse sur le point de départ des effets du jugement, p. 29. — Discussion avant la loi de 1886, p. 30. — Divers systèmes formulés d'après la loi de 1886, p. 32. — Premier système, p. 33. — Deuxième système, p. 38. — Opinion de M. Carpentier, p. 40. — Conclusions de M. le substitut Danion devant le tribunal de la Seine, p. 40. — Théorie de M. Soulié, p. 44. — Opinion de M. Demangeat, p. 50. — Jurisprudence, p. 52 et suivantes. — Circulaire du parquet de la Seine, p. 56. — Critique de cette opinion, p. 58. — Troisième système, p. 68. — Quatrième système, p. 73. — Examen doctrinal de M. Massigli, p. 75, — suivi par M. Huc, p. 77. — Jurisprudence, p. 78. — Jugement de Brioude (18 mars 1891), p. 78. — Arrêt de la Cour de cassation, p. 81. — Note de M. Labbé, p. 86. — Deuxième examen doctrinal de M. Massigli, p. 89. — Arrêt de la Cour de Limoges (21 mars 1895), p. 96. — Opinion de M. Hitier, p. 97. — De M. Colmet de Santerre, p. 98. — Argumentation de ce système, p. 99.	

CHAPITRE II. — Conditions de validité de la transcription.	104
§ 1. — <i>Par qui peut être requise la transcription.</i>	105
Discussions au Sénat, opinions de MM. Paris, Léon Renault, Griffé, p. 106. — Cour de Nancy (14 janvier 1888), p. 111.	
§ 2. — <i>Quel est l'officier de l'état civil compétent.</i>	115
Divergence d'opinions avant 1886, p. 115. — Circulaire du garde des sceaux (1886), p. 116. — Jugement de la Seine, 5 mars 1885, p. 116. — Jugement de la Seine, 21 novembre 1884, p. 117.	
§ 3. — <i>A quel moment la transcription peut être faite.</i>	119
Discussion au Sénat, p. 119. — Interdiction d'acquiescer au jugement, p. 120. — Opinions de M. Colmet de Santerre, p. 120. — Cour de Chambéry (19 juillet 1887), p. 121. — Circulaire du parquet de la Seine (29 juillet 1887), p. 123. — Arrêt de la Cour de Caen (19 février 1889), p. 125. — Arrêt de la Cour de cassation (23 octobre 1889), p. 128. — Des voies de recours, p. 130. — Rejet de la tierce opposition, p. 131. — Jugements par défaut, p. 132. — Jugements contradictoires, p. 136. — Valeur d'une transcription hâtive, p. 146. — Jugement du Tribunal de Nice et arrêt de la Cour d'Aix, p. 147.	
§ 4. — <i>Délais de la transcription.</i>	152
1 ^o Quand les parties doivent-elles requérir la transcription, p. 152. — Jugement de la Seine (8 mars 1887), p. 154. — Jugement de la Seine (7 mai 1888), p. 155. — Jugement de la Cour de Paris (30 mai 1888), p. 157. — Opinion de M. l'avocat général Manuel, p. 159.	
2 ^o L'officier doit transcrire le 5 ^e jour, p. 160. — Opinions de M. Colmet de Santerre, p. 161. — Arrêt d'Angers (23 juin 1893), p. 162. — Arrêt de la Cour d'Amiens (29 avril 1890), p. 168. — Opinion de M. Massigli, p. 170.	
§ 5. — <i>En quoi consiste la transcription.</i>	173
Circulaire du parquet de la Seine (25 juillet 1887), p. 173. — De la nécessité de la présence du requérant ? p. 175. — Jugement de Besançon (31 juillet 1894), p. 176. — Cour de Besançon (5 décembre 1894), p. 177. — Cour de cassation (15 mai 1895), p. 179. — Cour de Douai (7 août 1892), p. 180. — Opinions de M. le Conseiller Denis, p. 181. — Opinions de M. Tissier, p. 181. — Effets des irrégularités de la réquisition de transcription, p. 184. — Opinions de M. Denis et de M. Tissier, p. 185. — Jugement de Clermont-Ferrand (19 décembre 1888), p. 186.	
CHAPITRE III. — Des effets du jugement de divorce.	188

SECTION I. — **Origine de l'effet rétroactif. Travaux préparatoires** 188

Discussion au Sénat, p. 188. — Opinion de Pothier, p. 193. — Controverses sur l'article 1445, p. 194. — Première controverse. Opinion de Toullier, p. 195. — Seconde controverse, p. 196. — Opinion de Garsonnet, p. 197 et p. 203 ; d'Aubry et Rau, p. 198. — Arrêt de cassation (13 mars 1872), p. 199. — Opinion de Colmet de Santerre, p. 201. — Distinction faite par Troplong, p. 204. — Arrêt de la Cour de Bruxelles (28 mars 1810), p. 205 ; de cassation (20 mars 1855), p. 207 ; de la Cour de Paris (18 juin 1855), p. 209. — Note de Labbé, p. 210. — Arrêts de cassation (12 mai 1869), p. 211 ; de cassation (18 juin 1877), p. 213 ; de Paris (12 janvier 1882), p. 214 ; de Lyon (16 juillet 1881), p. 216. — Opinion d'Aubry et Rau, p. 217 ; de Labbé, p. 219 et p. 221 ; de Massigli, p. 220 ; de Colmet de Santerre, p. 221.

SECTION II. — **Effet rétroactif du jugement de divorce.** 224

Opinion de M. Paul Pic. 224

§ 1. — **Rapports entre les époux.** 225

A. — Que faut-il entendre par jour de la demande 225

Opinion de Carpentier, p. 225 ; de Baudry-Lacantinerie, p. 226 ; de Garsonnet, p. 227. — Arrêt de Grenoble (2 mai 1891), p. 228 ; de cassation (8 déc. 1880), p. 230 ; de Paris (5 août 1886), p. 231 ; de Paris (15 mars 1892), p. 232. — Opinion de Rodière et Pont, p. 233. — Arrêts de la Cour de Bordeaux (23 novembre 1880), p. 234. — Jugement du tribunal civil de Troyes (10 août 1881), p. 235. — Discussion, p. 237.

B. — Effets quant à la composition de la communauté. 241

α) Actif de la communauté, p. 241. — Opinion de Pothier, p. 241. — Opinion de Troplong, p. 243. — Jugement du tribunal de Lyon (16 janvier 1869), p. 243. — Arrêts de Riom (31 janvier 1826), p. 244 ; de cassation (28 mars 1848), p. 245 ; de Limoges (17 juin 1835), p. 246 ; de cassation (4 février 1846), p. 247 ; d'Agen (20 avril 1868), p. 248 ; de Bordeaux (28 mai 1873), p. 248 ; de cassation (18 juin 1877), p. 249. — Jugement du tribunal de la Seine (21 décembre 1888), p. 251. — Opinion de Pothier, p. 251.

β) Passif de la communauté, p. 252.

Arrêts de cassation (7 janvier 1890), p. 252.

C. — Administration de la communauté. 253

Opinion de M. Colmet de Santerre, p. 258 bis. — Art. 242, C. civ., p. 254. — Art. 243, C. civ., p. 254. — Controverse sur la conservation au mari du pouvoir d'administrer, p. 255. — Opinion de Massol, p. 256, de Demolombe, p. 256. — Arrêt de la Cour de Paris (2 mars 1886), p. 257. — Rapport de M. Féraud-Giraud, p. 258. — Arrêt de la Cour de cassation (26 mars 1889),

p. 259. — Opinion de Guillouard, p. 259 ; de Baudry-Lacantinerie, p. 260. — Arrêts de cassation (16 décembre 1889), p. 260 ; de Paris (22 mars 1886 et 13 avril 1889), p. 260.	
D. — Liquidation de la communauté	261
Opinion de M. Huc, p. 261. — Arrêt de la Cour de Paris (7 mai 1872), p. 262 ; — de Cass. (11 février 1873), p. 262 ; — de Bordeaux (22 janvier 1880 et 23 novembre 1880), p. 262.	
E. — Acceptation ou répudiation de la communauté.	263
Opinion de Mérignac, p. 263. — Arrêt de la Cour de Grenoble (30 mai 1893), p. 265 ; — de Cass. (14 mars 1855), p. 267.	
Payement des reprises.	267
Opinion de Laurent, p. 268. — Arrêt de la Cour de Grenoble (28 août 1847), p. 269 ; — de Cass. (1 ^{er} juillet 1873), p. 269.	
F. — Régime sans communauté	270
G. — Régime de séparation de biens.	270
H. — Régime dotal	270
Opinion de Colmet de Santerre, p. 270. — Arrêt de la Cour de Riom (21 décembre 1891), p. 271 ; — de Cass. (18 juin 1877), p. 272 ; — de Limoges (17 juin 1835), p. 272 ; — de Cass. (20 juillet 1858), p. 273.	
§ 2. — <i>Rapports entre les époux et les tiers.</i>	274
Opinion de M. Labiche, p. 274.	
Que faut-il entendre par tiers ? Formule donnée par M. Coste, p. 275.	
Quelles sont les conséquences de l'effet non rétroactif du jugement de divorce à l'égard des tiers ? p. 276.	
Jugement du tribunal d'Ambert (5 avril 1824), p. 276. — Arrêt de la Cour de Riom (31 janvier 1826), p. 276 ; — de la Cour de Rouen (9 août 1839), p. 277 ; — de la Cour de Toulouse (7 mars 1845), p. 278 ; — de Paris (18 juin 1855), de Limoges (21 décembre 1869), p. 278 ; — de Cassation (13 mars 1854), de Paris (23 frimaire an XIII), p. 279 ; — de la Cour de Besançon (15 février 1864), p. 281 ; — de Paris (27 décembre 1860), p. 281. — Art. 271, C. civ., p. 284. — Arrêt de la Cour de Colmar (25 février 1857), p. 284. — Discussion sur l'article 271 (243 nouveau), p. 285. — Opinion de M. Garsonnet, p. 282. — Discussion au Sénat, p. 289.	
SECTION III. — Quels sont les cas dans lesquels l'effet rétroactif ne se produit pas	
Arrêt de Cass. (17 août 1883), p. 292. — (<i>Devoir de fidélité</i>). Art. 212, C. civ., p. 293. — <i>Propositions sur l'obligation alimentaire</i> , p. 293. — 1 ^{re} proposition, p. 294. — Arrêts de la Cour de Riom (27 janvier 1887), p. 294 ; — de Douai (19 novembre 1846), p. 294 ; — de Cassation (10 mars 1891), p. 294 ; — de Cass. (30 juillet 1889), p. 295. — Jugement du Tribunal de la Seine (27 mai	291

1887), p. 295. — Arrêt de la Cour de Rennes (21 juin 1841), p. 296; — de Cass. (7 janvier 1890), p. 299. — 2^e proposition, p. 300. — Arrêt de la Cour de Paris (18 juillet 1889), p. 300. — Opinion de Labbé, p. 301. — Jugement du Tribunal d'Anvers (31 octobre 1891), p. 303. — Arrêt de la Cour de Toulouse (10 mars 1890), p. 303; — de Cassation (13 juillet 1891), p. 304; — de la Cour d'Orléans (23 mars 1892) et de Paris (23 décembre 1891), p. 304. — *Effets du jugement quant à l'incapacité de la femme*, p. 304. — Arrêt de la Cour d'Alger (6 juillet 1892), p. 305. — *Dissolution du mariage par la mort d'un des époux* (art. 227), p. 317. — Arrêt de la Cour de Grenoble (10 septembre 1887), p. 308. — *Révocation des avantages matrimoniaux* (art. 299), p. 309. — Arrêt de la Cour de Bruxelles (26 avril 1806), p. 257. — *Délai de viduité*, p. 309. — (*Effet quant au nom*). *Filiation des enfants d'époux divorcés*, p. 310. — *Inscription de l'hypothèque légale de la femme*, p. 311. — Art. 8 de la loi du 23 mars 1855, p. 311. — Jugement du Tribunal de la Seine (15 janvier 1894), p. 312.

CONCLUSION. 314

ERRATA

Page 43, lig. 22, lire *Réquisition* au lieu de *Transcription*.

Imp. G. Saint-Aubin et Thevenot. — J. Thevenot, successeur, Saint-Dizier (Hte-Marne).
